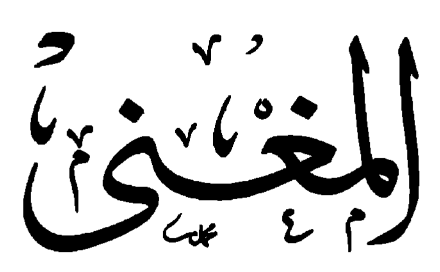


لمُوَفَّق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قُدامة

المَقْدسيّ الجَمَّاعِيليّ الدِّمَشْقيّ الصَّالِحِيّ الحَنْبَلِيّ

٥٤١-٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور

عبد الله بن عبد المحسن التركي

الدكتور

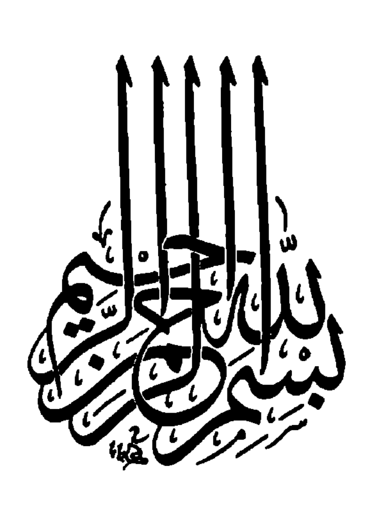
عبد الفتاح محمد الحلو

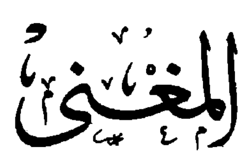
الجزء السادس

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع

الرياض


بسم الله الرحمن الرحيم


المغني

الطبعة الأولى

١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م

الطبعة الثانية

١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م

الطبعة الثالثة

١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م

مصححة ، منقحة

العليا - غرب مؤسسة التحلية - ت : ٤٦٥١٦٨٩ / ٤٦٣١٧٢٢

ص . ب . ٦١٦٠ - الرياض ١١٤٤٢ - تليفاكس : ٤٦٣١٣٣٦

المملكة العربية السعودية



بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ البُيُوعِ

البَيْعُ : مُبَادَلَةُ المالِ بالمَالِ ، تَمْلِيكًا ، وتَمَلُّكًا[1] . واشْتِقَاقُه : من البَاعِ ؛ لأنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من المُتَبَايِعَيْنِ[2] يَمُدُّ بَاعَهُ لِلأَخْذِ والإِعْطَاءِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ كُلَّ واحِدٍ مِنهما كان يُبايِعُ صَاحِبَه ، أى يُصافِحُه عند البَيْعِ ؛ ولِذَلِكَ سُمِّيَ البَيْعُ صَفْقَةً . وقال بعضُ أصْحَابِنا : هو الإِيجَابُ والقَبُولُ ، إذا[3] تَضَمَّنَ عَيْنَيْنِ لِلتَّمْلِيكِ . وهو حَدٌّ قاصِرٌ ؛ لِخُرُوجِ بَيْعِ المُعاطاةِ مِنْه ، ودُخولِ عُقُودٍ سِوَى البَيْعِ فيه . والبَيْعُ جائِزٌ بالكِتَابِ والسُّنَّةِ والإِجْمَاعِ . أمَّا الكِتابُ ، فقَوْلُ اللهِ تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾[4] . وقَوْلُه تَعَالَى : ﴿ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾[5] وقَوْلُه تَعَالَى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾[6] . وقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾[7] . ورَوَى البُخارِىُّ[8] ، عن ابْنِ عَبّاسٍ ، قال : كانت [9] عُكَاظٌ ، ومَجَنَّةُ ، وذو المَجَازِ[9] ، أسوَاقًا فى الجَاهِلِيَّةِ ، فلَمّا كان الإِسْلَامُ تَأَثَّمُوا

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « المتعاقدين » .

(٣) فى م : « إذ » .

(٤) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٥) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٦) سورة النساء ٢٩ .

(٧) سورة البقرة ١٩٨ .

(٨) فى : باب التجارة أيام الموسم ... ، من كتاب الحج ، وفى : باب ما جاء فى قول الله تعالى : ﴿ فإذا قضيت الصلاة ﴾ ... ، وباب الأسواق التى كانت فى الجاهلية ... ، من كتاب البيوع ، وفى : باب تفسير سورة البقرة ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ٢/٢٢٢ ، ٢٢٣ ، ٣/٦٩ ، ٨١ ، ٨٢ ، ٦/٣٤ .

(٩ - ٩) عكاظ ومجنة وذو المجاز : أسواق لمكة فى الجاهلية . معجم ما استعجم ٣/٩٥٩ .

فيه ، فَأُنْزِلَتْ : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ . يَعْنِى فى مَوَاسِمِ الحَجِّ . وعن الزُّبَيْرِ نَحْوُهُ[10] . وأَمَّا السُّنَّةُ ، فَقَوْلُ النبىِّ ﷺ : « البَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا » . مُتَّفَقٌ عليه[11] . ورَوَى رِفاعَةُ ، أَنَّه خَرَجَ مع النَّبِىِّ ﷺ إلى المُصَلَّى ، فرَأَى النَّاسَ يَتَبايَعُونَ ، فقال : « يا مَعْشَرَ التُّجَّارِ » . فَاسْتَجَابُوا لِرَسُولِ اللهِ ﷺ ، ورَفَعُوا أَعْنَاقَهُم وأَبْصَارَهُم إليه ، فقال : « إنَّ التُّجَّارَ يُبْعَثُونَ يَوْمَ القِيَامَةِ فُجَّارًا ، إِلَّا مَنْ بَرَّ وصَدَقَ » . / قال التِّرمِذِىُّ[12] : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . ١٤٠/٤ ظ ورَوَى أبو سَعِيدٍ ، عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « التَّاجِرُ الصَّدُوقُ الأَمِينُ مع النَّبِيِّينَ والصِّدِّيقِينَ والشُّهَدَاءِ » . قال التِّرمِذِىُّ[13] : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ . فى أحادِيثَ

---

(١٠) انظر : فتح البارى ٥٩٣/٣ ، ٥٩٤ .

(١١) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا بين البيعان و لم يكتما ونصحا ، وباب ما يمحق الكذب والكتمان فى البيع ، وباب كم يجوز الخيار ، وباب إذا لم يوقت فى الخيار ، وباب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، وباب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع ... ، وباب إذا كان البائع بالخيار فهل يجوز البيع ، وباب إذا اشترى شيئا فوهب منه ساعته ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٧٦/٣ ، ٧٧ ، ٨٣ - ٨٥ . ومسلم، فى : باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، وباب الصدق فى البيع والبيان ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٣/٣ ، ١١٦٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى خيار المتبايعين ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٤/٢ ، ٢٤٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى البيعين بالخيار مالم يتفرقا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٥٤/٥ - ٢٥٦ . والنسائى ، فى : باب ما يجب على التجار من التوفية فى مبايعتهم ، وباب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما ، وباب ذكر الاختلاف على نافع فى لفظ حديثه ، وباب ذكر الاختلاف على عبد الله بن دينار فى لفظ هذا الحديث ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢١٥/٧ ، ٢١٧ - ٢٢٠ . وابن ماجه ، فى : باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٦/٢ . والدارمى ، فى : باب فى البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٥٠/٢ . والإمام مالك ، فى : باب بيع الخيار ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٧١/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥٦/١ ، ٤/٢ ، ٩ ، ٥٢ ، ٥٤ ، ٧٣ ، ١١٩ ، ١٣٥ ، ١٨٣ ، ٣١١ ، ٤٠٢/٣ ، ٤٠٣ ، ٤٢٥ ، ٤٣٤ ، ١٢/٥ ، ١٧ ، ٢١ - ٢٣ .

(١٢) فى : باب ما جاء فى التجار ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢١٤/٥ . كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب التوقى فى التجارة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٢٦/٢ . والدارمى ، فى : باب فى التجارة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٤٧/٢ .

(١٣) فى : باب ما جاء فى التجار ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢١٣/٥ . كما أخرجه الدارمى ، =

كَثِيرةٍ سِوَى هذه . وأَجْمَعَ المُسْلِمُونَ على جَوَازِ البَيْعِ فى الجُمْلَةِ ، والحِكْمَةُ تَقْتَضِيهِ ؛ لأَنَّ حاجَةَ الإِنْسانِ تَتَعَلَّقُ بما فى يَدِ صاحِبِه ، وصاحِبُه لا يَبْذُلُه بغَيْرِ عِوَضٍ ، فَفِى شَرْعِ البَيْعِ وتَجْوِيزِه شَرْعُ طَرِيقٍ إلى وُصُولِ كُلِّ واحِدٍ مِنهُما إلى غَرَضِه ، ودَفْعِ حَاجَتِه .

فصل : والبَيْعُ على ضَرْبَيْنِ ؛ أحدهما ، الإِيجَابُ والقَبُولُ . فالإِيجَابُ ، أن يَقُولَ : بِعْتُكَ أو مَلَّكْتُكَ ، أو لَفْظٌ يَدُلُّ عليهما . والقَبُولُ ، أن يَقُولَ : اشْتَرَيْتُ ، أو قَبِلْتُ ، ونَحْوَهما . فإنْ تَقَدَّمَ القَبُولُ على الإِيجاب بِلَفْظِ الماضِى ، فقال : ابْتَعْتُ منك . فقال : بِعْتُكَ . صَحَّ ؛ لأَنَّ لَفْظَ الإِيجابِ والقَبُولِ وُجِدَ منهما على وَجْهٍ تَحْصُلُ منه الدَّلالَةُ على تَرَاضِيهِما به ، فصَحَّ ، كما لو تَقَدَّمَ الإِيجابُ . وإنْ تَقَدَّمَ بِلَفْظِ الطَّلَبِ ، فقال : بِعْنِى ثَوْبَكَ . فقال : بِعْتُكَ . ففيه رِوَايَتانِ ، إحْدَاهُما ، يَصِحُّ كذلك . وهو قولُ مالِكٍ ، والشَّافِعِىِّ . والثانيةُ ، لا يَصِحُّ . وهو قَوْلُ أبِى حنيفةَ ؛ لأنَّه لو تَأَخَّرَ عن الإِيجَابِ ، لم يَصِحَّ به البَيْعُ ، فلم يَصِحَّ إذا تَقَدَّمَ ، كَلَفْظِ الاسْتِفْهَامِ ، ولأنَّه عَقْدٌ عَرِىَ عن القَبُولِ ، فلم يَنْعَقِدْ ، كما لَوْ لَمْ يَطْلُبْ . وحَكَى أبو الخَطَّابِ فيما إذا تَقَدَّمَ بِلَفْظِ المَاضِى ، رِوَايَتَيْنِ أيضًا ، فأمَّا إنْ تَقَدَّمَ بِلَفْظِ الاسْتِفْهَامِ ، مِثْلَ أن يقولَ : أَتَبِيعُنِى ثَوْبَكَ بكذا ؟ فيقولُ : بِعْتُكَ . لم يَصِحَّ بحالٍ . نَصَّ عليه أحمدُ ، وبه يقولُ أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ . ولا نَعْلَمُ عن غَيْرِهِمْ خِلَافَهُم ؛ لأَنَّ ذلك لَيْسَ بِقَبُولٍ ولا اسْتِدْعاءٍ . الضَّرْبُ الثَّانِى ، المُعَاطَاةُ ، مِثْلُ أنْ يقولَ : أَعْطِنِى بهذا الدِّينَارِ خُبْزًا . فيُعْطِيه ما يُرْضِيهِ ، أو يقولَ : خُذْ هذا الثَّوْبَ بِدِينارٍ . فَيَأْخُذُهُ ، فهذا بَيْعٌ صَحِيحٌ . نَصَّ عليه أَحْمَدُ ، فِى مَن قال لِخَبَّازٍ : كَيْفَ تَبِيعُ الخُبْزَ ؟ قال : كذا بِدِرْهَمٍ . قال : زِنْهُ ، وتَصَدَّقْ به . فإذا وَزَنَهُ فهو عَلَيْه . وقولُ مَالِكٍ نَحْوٌ من هذا ، فإنه قال : يَقَعُ البَيْعُ بما يَعْتَقِدُه النَّاسُ بَيْعًا . وقال بعضُ الحَنَفِيَّةِ : يَصِحُّ فى خَسائِسِ الأَشْياءِ . وحُكِىَ عن القاضى مِثْلُ هذا ، قال : يَصِحُّ فى الأَشْياءِ اليَسِيرَةِ

= فى : باب فى التاجر الصدوق ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٤٧/٢ .

دُونَ الكَبِيرَةِ . ومَذهبُ الشَّافِعِيِّ ، رَحِمَهُ اللهُ ، أَنَّ البَيْعَ لا يَصِحُّ إِلَّا بالإيجاب ، والقَبُولِ . وذَهَبَ بعضُ أَصْحابِه إلى مِثْلِ قَوْلِنا . ولَنا ، أَنَّ اللهَ أَحَلَّ البَيْعَ ، و لم يُبَيِّنْ كَيْفِيَّتَهُ ، فَوَجَبَ الرُّجُوعُ فيه إلى العُرْفِ ، كما رُجِعَ إليه فى القَبْضِ والإحْرازِ والتَّفَرُّقِ ، والمُسْلِمُونَ فى أَسْوَاقِهِمْ وبِيَاعَاتِهِمْ على ذلك ، ولأَنَّ البَيْعَ كان مَوْجُودًا بَيْنَهُمْ ، مَعْلُومًا عِنْدَهُمْ ، وإنما عَلَّقَ الشَّرْعُ عليه أحكامًا ، وأَبْقَاهُ على ما كان ، فلا يَجُوزُ تَغْيِيرُه بِالرَّأْيِ والتَّحَكُّمِ ، و لم يُنْقَلْ عن النَّبِيِّ ﷺ ، ولا عن أَصْحَابِه ، مع كَثْرَةِ وُقُوعِ البَيْعِ بَيْنَهُمْ ، اسْتِعْمَالُ الإيجَابِ والقَبُولِ ، ولو اسْتَعْمَلُوا ذلك فى بِيَاعَاتِهِمْ لَنُقِلَ نَقْلًا شَائِعًا ، ولو كان ذلك شَرْطًا ، لَوَجَبَ نَقْلُه ، و لم يُتَصَوَّرْ منهم إهْمالُه والغَفْلَةُ عن نَقْلِه ، ولأَنَّ البَيْعَ مما تَعُمُّ به البَلْوَى ، فلو اشْتُرِطَ له الإيجابُ والقَبُولُ لَبَيَّنَهُ ﷺ بَيَانًا عامًّا ، و لم يَخْفَ حُكْمُه ؛ لأنَّه يُفضِى إلى وُقُوعِ العُقُودِ الفَاسِدَةِ كَثِيرًا ، وأَكْلِهِمُ المَالَ بالبَاطِلِ ، و لم يُنْقَلْ ذلك عن النَّبِىِّ ﷺ ، ولا عن أَحَدٍ مِنْ أصْحَابِه فيما عَلِمْنَاهُ ، ولأَنَّ النَّاسَ يَتَبَايَعُونَ فى أَسْوَاقِهِم بِالمُعاطَاةِ فى كل عَصْرٍ ، و لم يُنْقَلْ إنْكَارُه قبلَ مُخَالِفِينَا ، فكانَ ذلك إجْمَاعًا ، وكذلك الحُكْمُ فى الإيجَابِ والقَبُولِ ، فى الهِبَةِ ، والهَدِيَّةِ ، والصَّدَقَةِ ، و لم يُنْقَلْ عن النَّبِيِّ ﷺ ولا عن أَحَدٍ من أَصْحَابِه اسْتِعْمَالُ ذلك فيه ، وقد أُهْدِىَ إلى رَسُولِ اللهِ ﷺ من الحَبَشَةِ وغيرِها ، وكان الناسُ يَتَحَرَّوْنَ بِهَدَايَاهم يومَ عائِشَةَ . مُتَّفَقٌ عليه[١٤] . ورَوَى البُخَارِىُّ[١٥] ، عن أَبِى هُرَيْرَةَ ،

---

(١٤) أخرجه البخارى ، فى : باب قبول الهدية ، وباب من أهدى إلى صاحبه فتحرى بعض نسائه دون بعض ، من كتاب الهبة ، وفى : باب فضل عائشة رضى الله عنها ، من كتاب فضائل الصحابة . صحيح البخارى ٢٠٣/٣ – ٢٠٥ ، ٣٧/٥ . ومسلم ، فى : باب فى فضل عائشة رضى الله تعالى عنها ، من كتاب فضائل الصحابة . صحيح مسلم ١٨٩١/٤ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب فضل عائشة رضى الله عنها ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذى ٢٥٥/١٣ . والنسائى ، فى : باب حب الرجل بعض نسائه أكثر من بعض ، من كتاب عشرة النساء . المجتبى ٦٤/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٩٣/٦ .

(١٥) فى : باب قبول الهدية ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٢٠٣/٣ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب قبول النبى ﷺ الهدية ورده الصدقة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧٥٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٠٢/٢ ، ٣٠٥ ، ٣٣٨ ، ٤٠٦ ، ٤٩٢ .

قال : كان رَسُولُ اللهِ ﷺ إذا أُتِىَ بِطَعَامٍ سَأَلَ عنه : « أَهَدِيَّةٌ أم صَدَقَةٌ ؟ » . فإن قِيلَ : صَدَقَةٌ . قال لأَصْحَابِه : « كُلُوا » . و لم يَأْكُلْ ، وإن قِيلَ : هَدِيَّةٌ . ضَرَبَ بِيَدِهِ ، وأَكَلَ مَعهم . وفى حَدِيثِ سَلْمَانَ[16] ، حين جَاءَ إلى النبىِّ ﷺ بِتَمْرٍ ، فقال : هذا شَىْءٌ من الصَّدَقَةِ ، رَأَيْتُكَ أنتَ وأَصْحَابَكَ أَحَقَّ النَّاسِ به . فقال النبىُّ ﷺ لأَصْحَابِه : /« كُلُوا » . و لم يَأْكُلْ ، ثم أَتَاهُ ثَانِيَةً بِتَمْرٍ ، فقال : رَأَيْتُكَ لا تَأْكُلُ الصَّدَقَةَ ، وهذا شَىْءٌ أَهْدَيْتُه لك . فقال النبىُّ ﷺ : « بِسْمِ اللهِ » . وأَكَلَ . و لم يُنْقَلْ قَبُولٌ ولا أَمْرٌ بإيجَابٍ . وإنما سَأَلَ لِيَعْلَمَ ، هل هو صَدَقَةٌ ، أو هَدِيَّةٌ ، وفى أَكْثَرِ الأَخْبَارِ لم يُنْقَلْ إيجابٌ ولا قَبُولٌ ، ولَيْسَ إلَّا المُعَاطَاةُ ، والتَّفَرُّقُ عن تَرَاضٍ يَدُلُّ على صِحَّتِه ، ولو كان الإِيجابُ والقَبُولُ شَرْطًا فى هذه العُقُودِ لَشَقَّ ذلك ، ولَكانتْ أَكْثَرُ عُقُودِ المُسْلِمِينَ فَاسِدَةً ، وأَكثرُ أَمْوَالِهِم مُحَرَّمَةً . ولأنَّ الإِيجابَ والقَبُولَ إنما يُرَادَانِ لِلدَّلَالَةِ على التَّرَاضِى ، فإذا وُجِدَ ما يَدُلُّ عَلَيْه ، مِنَ المُسَاوَمَةِ والتَّعَاطِى ، قَامَ مقَامَهما ، وأَجْزَأَ عنهما ؛ لِعَدَمِ التَّعَبُّدِ فيه .

٤١/٤ ا

(١٦) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤٣٨/٥ ، ٤٣٩ .

(خِيَار المُتَبايِعَيْن)

أَىْ بَابُ خِيَارِ المُتَبايِعَيْنِ ، فَحُذِفَ اخْتِصارًا .

٧٠٠ – مسألة ؛ قال أبو القاسم رحمه اللهُ : (وَالمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا بِأَبْدَانِهِمَا)

فى هذه المَسْأَلةِ ثلاثةُ فُصولٍ ، أَحدُها ، أَنَّ البَيْعَ يَقَعُ جَائِزًا ، ولِكُلٍّ مِنَ المُتَبَايِعَيْنِ الخِيَارُ فى فَسْخِ البَيْعِ ، ما دَامَا مُجْتَمِعَيْنِ ، لم يَتَفَرَّقَا ، وهو قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ ، يُرْوَى ذلك عن عمرَ ، وابنِ عمرَ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، وأَبِى هريرةَ ، وأَبِى بَرْزَةَ[1] ، وبه قال سَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، وشُرَيْحٌ ، والشَّعْبِىُّ ، وعَطَاءٌ ، وطَاوُسٌ ، والزُّهْرِىُّ والأَوْزاعِىُّ ، وابنُ أَبِى ذِئْبٍ ، والشافِعِىُّ ، وإسحَاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال مَالِكٌ وأَصْحابُ الرَّأْىِ : يَلْزَمُ العَقْدُ بالإيجَابِ والقَبُولِ ، ولا خِيارَ لهما ؛ لأَنَّه رُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه : البَيْعُ صَفْقَةٌ أو خِيَارٌ . ولأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فَلَزِمَ بمُجَرَّدِه ، كَالنِّكاحِ والخُلْعِ . ولنا ، ما رَوَى ابنُ عمرَ ، عن رسولِ اللهِ ﷺ أنَّه قال : « إذا تَبَايَعَ الرَّجُلَانِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بالخِيَارِ ، مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، وكَانَا جَمِيعًا ، أَوْ يُخَيِّرُ أَحَدُهما الآخَرَ ، فإنْ خَيَّرَ أَحَدُهما الآخَرَ ، فَتَبَايَعَا عَلَى ذٰلِكَ ، فَقَدْ وَجَبَ البَيْعُ ، وإن تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ تَبَايَعَا ، ولم يَتْرُكْ أَحَدُهُمَا البَيْعَ ، فَقَدْ وَجَبَ البَيْعُ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] . وقال

---

(١) تقدمت ترجمته فى : ٤٠١/٢ .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا خيَّر أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٨٤/٣ . ومسلم ، فى : باب ثبوت خيار المجلس ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٣/٣ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على نافع فى لفظ حديثه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢١٩/٧ . وابن ماجه ، فى : باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١١٩/٢ .

ﷺ : « الْبَيِّعَانِ / بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتفرَّقَا » . رَوَاهُ الأَئِمَّةُ كُلُّهُمْ[٣] . ورَوَاهُ عَبْدُ اللهِ ابنُ عُمَرَ ، وعَبْدُ اللهِ بنُ عَمْرٍو ، وحَكِيمُ بنُ حِزَامٍ ، وأَبو بَرْزَةَ الأَسْلَمِيُّ . واتُّفِقَ على حَدِيثِ ابن عمرَ ، وحَكِيمٍ ، ورَوَاهُ عن نَافِعٍ ، عن ابْنِ عمرَ ، مَالِكٌ ، وأَيُّوبُ ، وعُبَيْدُ اللهِ بنُ عمرَ ، وابنُ جُرَيْجٍ ، واللَّيْثُ بنُ سَعْدٍ ، ويَحْيَى بنُ سَعِيدٍ ، وغَيْرُهم . وهو صَرِيحٌ فى حُكْمِ المَسْأَلَةِ . وعَابَ كَثِيرٌ من أَهْلِ العِلْمِ على مَالِكٍ مُخَالَفَتَهُ لِلْحَدِيثِ ، مع رِوَايَتِهِ له ، وثُبُوتِه عِنْدَه ، وقال الشَّافِعِىُّ ، رَحِمَهُ اللهُ : لا أَدْرِى هل اتَّهَمَ مَالِكٌ نَفْسَه أو نَافِعًا ؟ وأُعْظِمُ أنْ أَقُولَ : عَبْدَ اللهِ بنَ عمرَ . وقال ابنُ أَبِى ذِئْبٍ : يُسْتَتَابُ مَالِكٌ فى تَرْكِه لهذا الحَدِيثِ . فإن قِيلَ : المُرَادُ بِالتَّفَرُّقِ هٰهُنَا التَّفَرُّقُ بالأَقْوالِ ، كما قال اللهُ تَعالَى : ﴿ وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا ٱلْكِتَابَ ﴾[٤] . وقال النَّبىُّ ﷺ : « سَتَفْتَرِقُ أُمَّتِى عَلَى ثَلَاثٍ وسَبْعِينَ فِرْقَةً »[٥] . أى بالأَقْوالِ والاعْتِقَادَاتِ . قلنا : هذا بَاطِلٌ لِوُجُوهٍ ، منها ، أنَّ اللَّفْظَ لا يَحْتَمِلُ ما قَالُوهُ ؛ إذْ لَيْسَ بين المُتَبَايِعَيْنِ تَفَرُّقٌ بقَوْلٍ[٦] ولا اعْتِقَادٍ ، إنَّما بَيْنهما اتِّفَاقٌ على الثَّمَنِ والمَبِيعِ بعد الاخْتِلَافِ فيه . الثانى ، أنَّ هذا يُبْطِلُ فَائِدَةَ الحَدِيثِ ؛ إذْ قَدْ عُلِمَ أنهما بِالخِيَارِ قبلَ العَقْدِ فى إنْشَائِه وإتْمَامِه ، أو تَرْكِهِ . الثالث ، أنَّه قال فى الحَدِيثِ : « إذا تَبَايَعَ الرَّجُلَانِ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ منهما بِالْخِيَارِ » . فجعَلَ لهما الخِيارَ بعد تَبَايُعِهما ، وقال : « وإنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أنْ تَبَايَعَا ، ولم يَتْرُكْ أَحَدُهُمَا البَيْعَ ، فَقَدْ وَجَبَ البَيْعُ » . الرابع ، أنَّه يَرُدُّهُ تَفْسِيرُ ابنِ عمرَ لِلْحَدِيثِ بِفِعْلِه ، فإنَّه كان إذا بَايَعَ رَجُلًا مَشَى خُطُوَاتٍ ؛ لِيَلْزَمَ البَيْعُ ، وتَفْسِيرُ أَبِى بَرْزَةَ له ، بِقَوْلِه على مِثْلِ قَوْلِنَا ، وهما رَاوِيَا الحَدِيثِ ، وأَعْلَمُ بمَعْنَاهُ ، وقَوْلُ عمرَ : البَيْعُ صَفْقَةٌ أو خِيَارٌ . معناه ، أنَّ البَيْعَ يَنْقَسِمُ إلى بَيْعٍ شُرِطَ فيه الخِيَارُ ،

١٤٢/٤ و

---

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٦ .

(٤) سورة البينة ٤ .

(٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب شرح السنة ، من كتاب السنة . سنن أبى داود ٢/٥٠٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى افتراق هذه الأمة ، من أبواب الإيمان . عارضة الأحوذى ١٠/١٠٩ . وابن ماجه ، فى : باب افتراق الأمم ، من كتاب الفتن . سنن ابن ماجه ٢/١٣٢١ ، ١٣٢٢ . والدارمى ، فى : باب فى افتراق هذه الأمة ، من كتاب السير . سنن الدارمى ٢/٢٤١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٣٣٢ ، ٣/١٤٥ .

(٦) فى م : « بلفظ » .

وبَيْعٍ لم يُشْتَرطْ فيه ، سَمَّاهُ صَفْقَةً لِقِصَرِ مُدَّةِ الخِيَارِ فيه ، فإنَّه قد رَوَى عنه أبو إسحاقَ الجُوزَجَانِيُّ مِثْلَ مَذْهَبِنا ، ولو أرَادَ ما قَالُوهُ ، لم يَجُزْ أن يُعَارَضَ به قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ ، فلا حُجَّةَ فى قَوْلِ أحَدٍ مع قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ ، وقد كان عمرُ إذا بَلَغَهُ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ ، رَجَعَ عن قَوْلِه ، فكيف يُعارَضُ قَوْلُهُ بِقَوْلِه ؟ على أنَّ قَوْلَ عمرَ ليسَ بِحُجَّةٍ إذا خَالَفَهُ بَعْضُ الصَّحَابَةِ ، / وقد خَالَفَهُ ابْنُه ، وأبو بَرْزَةَ ، وغَيْرُهما ، ٤/١٤٢ ظ ولا يَصِحُّ قِيَاسُ البَيْعِ على النِّكَاحِ ؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يَقَعُ غَالِبًا إلَّا بعد رَوِيَّةٍ ونَظَرٍ وتَمَكُّثٍ ، فلا يَحْتاجُ إلى الخِيَارِ بعده ، ولأنَّ فى ثُبُوتِ الخِيَارِ فيه مَضَرَّةً ، لما يَلْزَمُ من رَدِّ المَرْأةِ بعد ابْتِذَالِها بالعَقْدِ ، وذَهَابِ حُرْمَتِها بالرَّدِّ ، وإلْحَاقِها بالسِّلَعِ المَبِيعَةِ ، فلم يَثْبُتْ فيه خِيَارٌ لذلك ، ولِهذا لم يَثْبُتْ فيه خِيَارُ الشَّرْطِ ، ولا خِيَارُ الرُّؤْيَةِ ، والحُكْمُ فى هذه المَسْألَةِ ظَاهِرٌ ؛ لِظُهُورِ دَلِيلِه ، وَوَهَاءِ ما ذَكَرَهُ المُخَالِفُ فى مُقَابَلَتِه ، واللهُ أعْلَمُ . الفصل الثانى ، أنَّ البَيْعَ يَلْزَمُ بِتَفَرُّقِهما ؛ لِدَلَالَةِ الحَدِيثِ عليه ، ولا خِلَافَ فى لُزُومِه بعد التَّفَرُّقِ ، والمَرْجِعُ فى التَّفَرُّقِ إلى عُرْفِ النّاسِ وعَادَتِهم ، فيما يَعُدُّونَهُ تَفَرُّقًا ؛ لأنَّ الشَّارِعَ عَلَّقَ عليه حُكْمًا ، و لم يُبَيِّنْهُ ، فَدَلَّ ذلك على أنّه أرَادَ ما يَعْرِفُه النّاسُ ، كَالقَبْضِ ، والإِحْرَازِ ، فإن كانَا فى فَضَاءٍ وَاسِعٍ ، كَالمَسْجِدِ الكَبِيرِ ، والصَّحْرَاءِ ، فَبِأنْ يَمْشِيَ أحَدُهُمَا مُسْتَدْبِرًا لِصَاحِبِه خُطُوَاتٍ ، وقِيلَ : هو أن يَبْعُدَ منه بِحَيْثُ لا يَسْمَعُ كَلَامَه الذى يَتَكَلَّمُ به فى العادَةِ . قال أبو الحَارِثِ : سُئِلَ أحْمَدُ عن تَفْرِقَةِ الأبْدَانِ ؟ فقال : إذا أخَذَ هذا كذا ، وهذا كذا ، فقد تَفَرَّقَا . وَرَوَى مُسْلِمٌ ، عن نَافِعٍ ، قال : فكان ابنُ عُمَرَ إذا بَايَعَ ، فأرَادَ [أنْ][7] لا يُقِيلَه ، مَشَى هُنَيْهَةً ، ثم رَجَعَ . وإنْ كَانَا فى دَارٍ كَبِيرَةٍ ، ذاتِ مَجَالِسَ وبُيُوتٍ ، فَالمُفَارَقَةُ أنْ يُفَارِقَهُ من بَيْتٍ إلى بَيْتٍ ، أو إلى مَجْلِسٍ ، أو صِفَةٍ ، أو من مَجْلِسٍ إلى بَيْتٍ ، أو نَحْوِ ذلك . فإنْ كَانَا فى دارٍ صَغِيرَةٍ ، فإذا صَعِدَ أحَدُهُما السَّطْحَ ، أو خَرَجَ منها ، فقد فَارَقَهُ . وإن كانَا فى سَفِينَةٍ صَغِيرَةٍ ، خَرَجَ أحَدُهما منها

---

(7) تكملة من صحيح مسلم ١١٦٤/٣ .

ومَشَى ، وإنْ كانتْ كَبِيرَةً صَعِدَ أحَدُهما على أعْلاها ، ونَزَلَ الآخَرُ فى أسْفَلِها .
وهذا كُلُّه مَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ . فإنْ كان المُشْتَرِى هو البَائِعَ ، مثل أنْ يَشْتَرِىَ لِنَفْسِه من مَالِ وَلَدِهِ ، أو اشْتَرَى لِوَلَدِه من مَالِ نَفْسِه ، لم يَثْبُتْ فيه خِيَارُ المَجْلِسِ ؛ لأنَّه تَوَلَّى طَرَفَيِ العَقْدِ ، فلم يَثْبُتْ له خِيَارٌ ، كَالشَّفِيعِ ، ويَحْتَمِلُ أنْ يَثْبُتَ فيه ، ويُعْتَبَرَ مُفَارَقَة مَجْلِسِ العَقْدِ لِلُزُومِهِ ؛ لأنَّ الافْتِرَاقَ لا يُمْكِنُ هٰهُنَا ، لِكَوْنِ البَائِعِ هو المُشْتَرِى ، ومَتَى حَصَلَ التَّفَرُّقُ لَزِمَ العَقْدُ ، / قَصَدَا ذلك أو لم يَقْصِدَاهُ ، عَلِمَاهُ أو جَهِلَاهُ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ عَلَّقَ الخِيارَ على التَّفَرُّقِ ، وقد وُجِدَ . ولو هَرَبَ أحَدُهما من صَاحِبِه ، لَزِمَ العَقْدُ ؛ لأنَّه فَارَقَهُ بِاخْتِيَارِهِ ، ولا يَقِفُ لُزُومُ العَقْدِ على رِضَاهما ، ولهذا كان ابنُ عُمَرَ يُفَارِقُ صَاحِبَه لِيَلْزَمَ البَيْعُ . ولو أقَامَا فى المَجْلِسِ ، وسَدَلَا بينهما سِتْرًا ، أو بَنَيَا بينهما حَاجِزًا ، أو نَامَا ، أو قَامَا فَمَضَيَا جَمِيعًا و لم يَتَفَرَّقَا ، فَالخِيَارُ بحَالِه ، وإن طَالَتِ المُدَّةُ لِعَدَمِ التَّفَرُّقِ . ورَوَى أبو دَاوُدَ[٨] ، والأَثْرَمُ ، بإسْنَادِهِمَا عن أبى الوَضِىءِ[٩] ، قال : غَزَوْنَا غَزْوَةً لنا ، فنَزَلْنَا مَنْزِلًا ، فبَاعَ صَاحِبٌ لنا فَرَسًا بِغُلَامٍ ، ثم أقَامَا بَقِيَّةَ يَوْمِهِمَا ولَيْلَتِهِما ، فلمَّا أصْبَحَا من الغَدِ ، وحَضَرَ الرَّحِيلُ ، قَامَ إلى فَرَسِه يُسْرِجُهُ ، فَنَدِمَ ، فأتَى الرَّجُلَ ، وأخَذَهُ بِالبَيْعِ ، فأبَى الرَّجُلُ أنْ يَدْفَعَهُ إليه ، فقال : بَيْنِى وبَيْنَكَ أبو بَرْزَةَ صَاحِبُ رَسُولِ اللهِ ﷺ . فأتَيَا أبَا بَرْزَة فى نَاحِيَةِ العَسْكَرِ[١٠] ، فقَالَا له هذه القِصَّةَ . فقال : أتَرْضَيَانِ أن أقْضِىَ بَيْنَكُما بِقَضاءِ رَسُولِ اللهِ ﷺ ؟ قال رَسُولُ اللهِ ﷺ : « البَيِّعَانِ بِالخِيَارِ ما لم يَتَفَرَّقَا » . ما أرَاكُما افْتَرَقْتُما . فإنْ فَارَقَ أحَدُهما الآخَرَ مُكْرَهًا ، احْتَمَلَ بُطْلَانُ الخِيَارِ ؛ لِوُجُودِ غَايَتِه ، وهو التَّفَرُّقُ ، ولأنَّه لا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ فى مُفَارَقَةِ صَاحِبِه له ،

١٤٣/٤ و

---

(٨) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى خيار المتبايعين ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٥/٢ . وانظر ما تقدم فى تخريج حديث : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » صفحة ٦ .

(٩) فى النسخ : « أبى الرضى » . تحريف .

(١٠) فى م : « المعسكر » .

فكَذَلِكَ فى مُفَارَقَتِه لِصَاحِبِه . وقال القَاضِي : لا يَنْقَطِعُ الخِيَارُ ؛ لأنَّه حُكْمٌ عُلِّقَ على التَّفَرُّقِ ، فلم يَثْبُتْ مع الإِكْرَاهِ ، كما لو عُلِّقَ عليه الطَّلَاقُ . ولِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كهذَيْنِ . فعَلَى قَوْلِ مَنْ لا يَرَى انْقِطاعَ الخِيَارِ ، إنْ أُكْرِهَ أَحَدُهما على فُرْقَةِ صَاحِبِه ، انْقَطَعَ خِيَارُ صَاحِبِه ، كما لو هَرَبَ منه ، وفَارَقَه بغيرِ رِضَاهُ ، ويكونُ الخِيارُ لِلْمُكْرَهِ منهما فى المَجْلِسِ الذى يَزُولُ عنه فيه الإِكْرَاهُ ، حتى يُفارِقَهُ ، وإن أُكْرِهَا جَمِيعًا انْقَطَعَ خِيَارُهما ؛ لأن كُلَّ وَاحِدٍ منهما يَنْقَطِعُ خِيارُه بِفُرْقَةِ الآخَرِ له ، فأَشْبَه ما لو أُكْرِهَ صَاحِبُه دُونَه . وذَكَرَ ابنُ عَقِيلٍ من صُوَرِ الإِكْرَاهِ ، ما لو رَأَيَا سَبُعًا أو ظَالِمًا خَشِيَاهُ ، فهَرَبَا فَزَعًا منه ، أو حَمَلَهما سَيْلٌ أو فَرَّقَتْ رِيحٌ بينهما .

فصل : وإن خَرِسَ أَحَدُهما ، قامَتْ إشارَتُه مَقامَ لَفْظِه ، فإن لم تُفْهَمْ إشَارَتُه ، أو جُنَّ ، أو أُغْمِىَ عليه ، قَامَ وَلِيُّه من الأَبِ ، أو وَصِيُّه ، أو الحَاكِمُ ، مَقامَه ، وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . وإنْ مَاتَ أَحَدُهما بطَلَ خِيارُه ؛ لأنَّه قَدْ تَعَذَّرَ منه الخِيارُ ، والخِيارُ لا يُوَرَّثُ . وأما الباق منهما فيَبْطُلُ خِيارُه أيضًا ؛ لأنَّه يَبْطُلُ بالتَّفَرُّقِ ، والتَّفَرُّقُ بِالمَوْتِ أَعْظَمُ ، ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَبْطُلَ ؛ لأنَّ التَّفَرُّقَ بالأَبْدَانِ لم يَحْصُلْ . فإنْ حُمِلَ المَيِّتُ بَطَلَ الخِيَارُ ؛ لأنَّ الفُرْقَةَ حَصَلَتْ بِالبَدَنِ والرُّوحِ مَعًا .

فصل : وقد رَوَى عَمْرُو بنُ شُعَيْبٍ ، عن أَبِيهِ ، عن جَدِّهِ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « البَائِعُ والمُبْتَاعُ بِالخِيَارِ حَتَّى يَتَفرَّقَا ، إلَّا أن تَكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ ، فلا يَحِلُّ له أن يُفَارِقَ صَاحِبَهُ خَشْيَةَ أن يستَقِيلَهُ » . رَوَاهُ النَّسَائِىُّ ، والأَثْرَمُ ، والتِّرمِذِىُّ(١١) ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وقَوْلُهُ : « إلا أن تَكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ » . يَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ

---

(١١) أخرجه النسائى ، فى : باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢١/٧ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى البيعين بالخيار ما لم يتفرقا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٥٦/٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى خيار المتبايعين ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٥/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٨٣/٢ .

البَيْعَ المَشْروطَ فيه الخِيارُ ، فإنَّه لا يَلْزَمُ بتفرُّقِهما ، ولا يكُونُ تَفَرُّقُهما غَايَةً لِلْخِيارِ فيه ؛ لِكَوْنِه ثَابِتًا بعد تَفَرُّقِهما . ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ البَيْعَ الذى شَرَطا فيه أن لا يَكُونَ بَيْنَهما فيه خِيارٌ ، فَيَلْزَمُ بِمُجَرَّدِ العَقْدِ من غيرِ تَفَرُّقٍ . وظاهِرُ الحَديثِ تَحْرِيمُ مُفارَقَةِ أحَدِ المُتَبايِعَيْنِ لِصاحِبِهِ خَشْيَةً من فَسْخِ البَيْعِ ، وهذا ظاهِرُ كَلامِ أحمدَ فى رِوايَةِ الأثْرَمِ ، فإنَّه ذُكِرَ له فِعْلُ ابنِ عُمَرَ ، وحَديثُ عَمْرِو بنِ شُعَيْبٍ ، فقال : هذا الآن قَوْلُ النَّبِىِّ ﷺ ، وهذا اختيارُ أبى بَكْرٍ . وذَكَرَ القاضى ، أنَّ ظاهِرَ كَلامِ أحمدَ ، جَوازُ ذَلك ؛ لأنَّ ابْنَ عُمَرَ كان إذا اشْتَرَى شَيْئًا يُعْجِبُه فَارَقَ صَاحِبَهُ . مُتَّفَقٌ عليه[12] . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ قَوْلَ النبىِّ ﷺ يُقَدَّمُ على فِعْلِ ابْنِ عُمَرَ . والظَّاهِرُ أنَّ ابْنَ عُمَرَ لم يَبْلُغْهُ هذا ، ولو بَلَغَه[13] لما خالَفَهُ .

الفَصْلُ الثَّالِثُ : أنَّ ظاهِرَ كَلامِ الخِرَقِىِّ أنَّ الخِيارَ يَمْتَدُّ إلى التَّفَرُّقِ ، ولا يَبْطُلُ بالتَّخايُرِ قبل العَقْدِ ولا بَعْدَه ، وهو إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أحمدَ ؛ لأنَّ أكْثَرَ الرِّواياتِ عن النَّبِىِّ ﷺ : « البَيِّعانِ بِالخِيَارِ ما لم يَتَفَرَّقَا » . من غيرِ تَقْيِيدٍ ، ولا تَخْصِيصٍ ، هكذا رَواهُ[14] حَكِيمُ بنُ حِزامٍ ، وأبو[15] بَرْزَةَ ، وأكْثَرُ الرِّوَاياتِ عن عَبْدِ اللهِ بن عُمَرَ . والرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أنَّ / الخِيارَ يَبْطُلُ بالتَّخايُرِ . اختارَها الشَّرِيفُ ابنُ أبى موسى ، ١٤٤/٤ و وهذا مَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ ، وهو أصَحُّ ؛ لِقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ [16] فى حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ[16] : « فَإنْ خَيَّرَ أحَدُهما صَاحِبَهُ ، فَتبايَعا عَلَى ذَلِكَ ، فَقَدْ وَجَبَ البَيْعُ »[17] . يَعْنِى لَزِمَ . وفى لَفْظٍ : « المُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، إلَّا أنْ يَكُونَ البَيْعُ كَانَ عَنْ خِيَارٍ ،

---

(١٢) أخرجه البخارى ، فى : باب كم يجوز الخيار ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٨٣/٣ . ومسلم ، فى : باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٣/٣ ، ١١٦٤ .

(١٣) فى م : « علمه » .

(١٤) فى الأصل : « رواية » .

(١٥) فى الأصل : « أبى » .

(١٦ - ١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) تقدم تخريجه فى : صفحة ١٠ .

فَإِنْ كَانَ الْبَيْعُ عَنْ خِيَارٍ فَقَدْ وَجَبَ البَيْعُ » . مُتَّفَقٌ عليه[١٨] . والأَخْذُ بالزِّيادَةِ أولَى . والتَّخايُرُ فى ابْتِداءِ العَقْدِ وبعدَه فى المَجْلِسِ وَاحِدٌ ، فَالتَّخايُرُ فى ابْتِدَائِه أن يَقُولَ : بِعْتُكَ ولا خِيارَ بَيْنَنا . ويَقْبَلُ الآخَرُ على ذلك ، فلا يَكونُ لهما خِيارٌ . والتَّخايُرُ بعدَه[١٩] أن يقولَ كُلُّ واحِدٍ مِنهما بعدَ العَقْدِ : اخْتَرْتُ إمْضاءَ العَقْدِ ، أو إلْزامَه ، أو اخْتَرْتُ العَقْدَ ، أو أَسْقَطْتُ خِيارِى . فَيَلْزَمُ العَقْدُ من الطَّرَفَيْنِ ، وإن اخْتارَ أَحَدُهُما دون الآخَرِ ، لَزِمَ فى حَقِّه وَحْدَهُ ، كما لو كان خِيارُ الشَّرْطِ لهما ، فأَسْقَطَ أَحَدُهما خِيارَهُ دُونَ الآخَرِ . وقال أصحابُ الشَّافِعِىِّ : فى التَّخايُرِ فى ابْتِداءِ العَقْدِ قَوْلانِ ، أظْهَرُهما لا يُقْطَعُ الخِيَارُ ؛ لأنَّه إسْقاطٌ لِلْحَقِّ قبل سَبَبِهِ ، فلم يَجُزْ ، كَخِيارِ الشُّفْعَةِ . فعلى هذا ، هل يَبْطُلُ العَقْدُ بهذا الشَّرْطِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِناءً على الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ . ولنا ، قَوْلُه عليه السَّلامُ : « فإن خَيَّرَ أَحَدُهُمَا صاحِبَه ، فَتبايَعَا على ذلك ، فقد وَجَبَ البَيْعُ » . وقَوْلُه : « إلَّا أن يَكُونَ البَيْعُ كانَ عن خِيَارٍ ، فإن كان البَيْعُ عن خِيَارٍ فقد[٢٠] وَجَبَ البَيْعُ »[٢١] . وهذا صَرِيحٌ فى الحُكْمِ ، فلا يُعَوَّلُ على ما خالَفَهُ . ولأنَّ ما أَثَّرَ فى الخِيارِ فى المَجْلِسِ ، أَثَّرَ فيه مُقارِنًا لِلْعَقْدِ ، كَاشْتِراطِ الخِيارِ . ولأنَّه أَحَدُ الخِيارَيْنِ فى البَيْعِ ، فجازَ إخْلاؤُه عنه ، كَخِيارِ الشَّرْطِ . وقَوْلُهُمْ : إنَّه إسْقاطٌ لِلْخِيارِ قبل سَبَبِهِ . لَيْسَ كذلك ، فإنَّ سَبَبَ الخِيارِ البَيْعُ المُطْلَقُ ، فأمَّا البَيْعُ مع التَّخايُرِ فَلَيْسَ بِسَبَبٍ

---

(١٨) أخرجه البخارى . فى : باب كم يجوز الخيار ، وباب إذا لم يوقت فى الخيار هل يجوز البيع ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٨٣/٣ ، ٨٤ . ومسلم ، فى : باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٤/٣ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على نافع فى لفظ حديثه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢١٨/٧ ، ٢١٩ . وابن ماجه ، فى : باب البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣١١/٢ .

(١٩) فى م : « بعد » .

(٢٠) سقط من : م .

(٢١) تقدم تخريجه فى : صفحة ١٦ .

له . ثم لو ثَبَتَ أنَّه سَبَبُ الخِيارِ ، لكنَّ المانِعَ مُقارِنٌ له ، فلم يَثْبُتْ حُكْمُه ، وأمَّا الشَّفِيعُ ، فإنَّه أجْنَبِيٌّ من العَقْدِ ، فلم يَصِحَّ اشْتِراطُ إسْقاطِ خِيارِه فى العَقْدِ ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنا . فإن قال أحَدُهما لِصاحِبِه : اخْتَرْ . ولم يَقُلِ الآخَرُ شَيْئًا ، فالسَّاكِتُ / منهما على خِيارِهِ ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ منه ما يُبْطِلُ خِيارَهُ . وأمَّا القَائِلُ ، فيَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ خِيارُه ؛ لما رَوَى ابْنُ عُمَرَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، قال : « البَيِّعَانِ بالْخِيَارِ ما لم يَتفرَّقَا ، أو يَقُولُ أحَدُهُمَا لِصَاحِبِه : اخْتَرْ » . رواهُ البخارىُّ ، وأبو داودَ ، والنَّسائىُّ[22] . ولأنَّه جَعَلَ لِصاحِبِه ما مَلَكَهُ من الخِيارِ ، فَسَقَطَ خِيارُه ، وهذا ظاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِىِّ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَبْطُلَ خِيارُه ؛ لأنَّه خَيَّرَهُ ، [23]فلم يَخْتَرْ[23] ، فلم يُؤَثِّرْ فيه[24] ، كما لو جَعَلَ لِزَوْجَتِه الخِيارَ ، فلم تَخْتَرْ[25] ، ويُحْمَلُ الحَدِيثُ على أنَّه خَيَّرَهُ فاخْتارَ ، والأَوَّلُ أوْلَى ؛ لِظاهِرِ الحَدِيثِ . ولأنَّه جَعَلَ الخِيارَ لِغَيْرِه ، ويُفارِقُ الزَّوْجَةَ ؛ لأنَّه مَلَّكَها ما لا تَمْلِكُ ، فإذا لم تَقْبَلْ ، سَقَطَ ، وههُنا كُلُّ واحِدٍ منهما يَمْلِكُ الخِيارَ ، فلم يَكُنْ قَوْلُه تَمْلِيكًا ، إنَّما كان إسْقاطًا ، فسقَطَ .

٧٠١ ـ مسألة ؛ قال : (فَإِنْ تَلِفَتِ السِّلْعَةُ ، أَوْ كَانَ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ المُشْتَرِى ، أو مَاتَ ، بَطَلَ الخِيَارُ)

أمَّا إذا تَلِفَتِ السِّلْعَةُ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فلا يَخْلُو ، إمَّا أن تَكونَ قبلَ القَبْضِ ، أو بَعْدَه ، فإن كان قَبْلَ القَبْضِ ، وكان مَكيلًا ، أو مَوْزونًا ، انْفَسَخَ البَيْعُ ، وكان من مالِ البائِعِ ، ولا أَعْلَمُ فى هذا خِلافًا ، إلَّا أن يُتْلِفَهُ المُشْتَرِى ، فيَكونَ من ضَمانِه ،

١٤٤/٤ ظ

---

(٢٢) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا لم يوقت فى الخيار هل يجوز البيع ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٨٤/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى خيار المتبايعين ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٥/٢ . والنسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على نافع فى لفظ حديثه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢١٩/٧ .

(٢٣ ـ ٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥) فى م زيادة : « شيئا » .

ويَبْطُلَ خِيارُهُ . وفى خِيارِ البائعِ رِوايَتانِ . وإن كان المَبيعُ غيرَ المَكيلِ والمَوْزُونِ ، ولم يَمْنَعِ البائعُ المُشْتَرِىَ من قَبْضِه ، فظاهِرُ المذهبِ أنَّه من ضَمانِ المُشْتَرِى ، ويَكونُ كتَلَفِه بعد القَبْضِ . وأمَّا إن تَلِفَ المَبِيعُ بعدَ القَبْضِ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فهو من ضَمانِ المُشْتَرِى ، ويَبْطُلُ خِيارُه . وفى خِيارِ البائعِ رِوايَتانِ ؛ إحداهما ، يَبْطُلُ ، وهو اخْتِيارُ الخِرَقِىِّ ، وأبى بَكْرٍ ؛ لأنَّه خِيارُ فَسْخٍ ، فبَطَلَ بتَلَفِ المَبيعِ ، كخِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ إذا تَلِفَ المَعيبُ . والرِّوايَةُ الثانيةُ ، لا يَبْطُلُ ، وللبائعِ أن يَفْسَخَ ويُطالِبَ المُشْتَرِىَ بقِيمَتِه ، وهذا اختيارُ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « البَيِّعَانِ بالخِيَارِ ما لم يَتَفَرَّقَا » . ولأنَّه خِيارُ فَسْخٍ ، فلم يَبْطُلْ بتَلَفِ المَبِيعِ ، كما لو اشْتَرَى ثَوْبًا بثَوْبٍ ، فتَلِفَ أحَدُهُما ، ووَجَدَ الآخَرُ بالثَّوْبِ عَيْبًا ، فإنَّه يَرُدُّه ، ويَرْجِعُ بقِيمَةِ ثَوْبِه ، / كذا هُهُنا . وأمَّا إذا أَعْتَقَهُ المُشْتَرِى ، فإنَّ خِيَارَهُ يَبْطُلُ ؛ لأنَّه أتْلَفَه ، وفى بُطْلانِ خِيارِ البائعِ رِوايَتانِ ، كما لو تَلِفَ المَبيعُ . وخِيارُ المَجْلِسِ ، وخِيارُ الشَّرْطِ فى هذا كُلِّه سواءٌ .

٤/١٤٥ و

فصل : ومَتَى تَصَرَّفَ المُشْتَرِى فى المَبيعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ تَصَرُّفًا يَخْتَصُّ المِلْكَ ، بَطَلَ خِيارُهُ ، كإعْتاقِ العَبْدِ ، وكِتابَتِه ، وبَيْعِهِ ، وهِبَتِه ، ووَطْءِ الجارِيَةِ ، أو مُباشَرَتِها ، أو لَمْسِها لِشَهْوَةٍ ، ووَقْفِ المَبيعِ ، ورُكُوبِ الدَّابَّةِ لِحَاجَتِه ، أو سَفَرٍ ، أو حَمْلِه عليها ، أو سُكْنَى الدَّارِ ، ورَمِّها ، وحَصادِ الزَّرْعِ ، وقَصْلِ[1] منه ، فما وُجِدَ من هذا فهو رِضاءٌ بالمَبيعِ ، ويَبْطُلُ به خِيارُهُ ؛ لأنَّ الخِيارَ يَبْطُلُ بالتَّصْريحِ بالرِّضاءِ ، وبِدَلالَتِه ، ولذلك يَبْطُلُ خِيارُ المُعْتَقَةِ بتَمْكِينِها الزَّوْجَ من وَطْئِها ، وقال لها رسولُ اللهِ ﷺ : « إنْ وَطِئَكِ فَلَا خِيارَ لَكِ »[2] . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ . فأمَّا رُكوبُ الدَّابَّةِ لِيَنْظُرَ سَيْرَها ، والطَّحْنُ على الرَّحَى لِيَعْلَمَ

---

(١) القصل : القطع .

(٢) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦٥/٤ ، ٣٧٨/٥ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى وقت الخيار ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٢٢٥/٧ .

قَدْرَ طَحْنِها ، وحَلْبُ الشَّاةِ لِيَعْلَمَ قَدْرَ لَبَنِها ، ونَحْوُ ذلك ، فليس بِرِضًا بِالبَيْعِ ، ولا يَبْطُلُ خِيارُه ؛ لأنَّ ذلك هو المَقْصودُ بِالخِيارِ ، وهو اخْتِبارُ المَبيعِ . وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ وَجْهًا فى أنَّ تَصَرُّفَ المُشْتَرِى لا يُبْطِلُ خِيارَهُ ، ولا يَبْطُلُ إلَّا[3] بالتَّصْرِيحِ بالرِّضا . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ هذا يَتَضَمَّنُ إجازَةَ البَيْعِ ، ويَدُلُّ على الرِّضا به ، فَبَطَلَ به الخِيارُ كَصَرِيحِ القَوْلِ . ولأنَّ الصَّرِيحَ[4] إنَّما أُبْطَلَ الخِيارَ لِدَلالَتِه على الرِّضا به ، فما دَلَّ على الرِّضا به يَقُومُ مَقامَهُ ، كَكِنَاياتِ الطَّلاقِ ، تَقومُ مَقامَ صَرِيحِه . وإن عَرَضَه على البَيْعِ ، أو باعَهُ بَيْعًا فَاسِدًا ، أو عَرَضَه على الرَّهْنِ ، أو غيرِه من التَّصَرُّفاتِ ، أو وَهَبَهُ ، فلم يَقْبَلِ المَوْهُوبُ له ، بَطَلَ خِيارُه ؛ لأنَّ[5] ذلك يَدُلُّ على الرِّضا به . قال أحمدُ : إذا اشْتَرَطَ الخِيارَ ، فباعَهُ قبلَ ذلك بِرِبْحٍ ، فَالرِّبْحُ لِلْمُبْتاعِ ؛ لأنَّه وَجَبَ عليه حِينَ عَرَضَهُ . وإن اسْتَخْدَمَ المُشْتَرِى المَبِيعَ ، ففيه رِوايَتانِ ؛ إحداهما ، لا يَبْطُلُ خِيارُه ، وقال أبو الصَّقْرِ[6] : قلتُ لأحمدَ : رَجُلٌ اشْتَرَى جارِيَةً ، وله الخِيارُ فيها يَوْمَيْن ، فَانْطَلَقَ بها ، فَغَسَلَتْ رَأْسَه ، أو غَمَزَتْ رِجْلَه ، أو طَحَنَتْ له ، أو خَبَزَتْ ، هل يَسْتَوْجِبُها بذلك ؟ قال : لا ، حتى يَبْلُغَ منها ما لا يَحِلُّ لِغَيْرِهِ . قلتُ : فإن مَشَطَهَا ، أو خَضَبَها ، أو حَفَّها ، هل يَسْتَوْجِبُها بذلك ؟ قال : قد بَطَلَ خِيارُه ؛ لأنَّه وَضَعَ يَدَهُ عليها . وذلك لأنَّ الاسْتِخْدامَ لا يَخْتَصُّ المِلْكَ ، ويُرادُ لِتَجْرِبَةِ المَبيعِ ، فأَشْبَه رُكوبَ الدَّابَّةِ لِيَعْلَمَ سَيْرَها . ونَقَلَ حَرْبٌ ، عن أحمدَ ، أنَّه يَبْطُلُ خِيارُه ؛ لأنَّه انْتِفَاعٌ بِالمَبيعِ ، أشْبَه لَمْسَها لِشَهْوَةٍ . ويُمْكِنُ أن يُقالَ : ما قُصِدَ به من الاسْتِخْدامِ ، تَجْرِبَةُ المَبيعِ ، لا يُبْطِلُ الخِيارَ ، كَرُكوبِ الدَّابَّةِ لِيَعْلَمَ سَيْرَها ، وما لا يُقْصَدُ به ذلك يُبْطِلُ الخِيَارَ ، كَرُكوبِ الدَّابَّةِ لِحاجَتِه ، وإن قَبَّلَتِ الجارِيَةُ المُشْتَرِىَ لم يَبْطُلْ خِيارُهُ ، وهذا مذهَبُ الشَّافِعِىِّ . وقال

---

(3) سقط من : م .

(4) فى م : « التصريح » .

(5) من هنا إلى نهاية قوله : « لأنه استمتاع يختص الملك فأبطل خياره » الآتى ، سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(6) يحيى بن يزداد الوراق ، وراق الإمام ، عنده جزء مسائل حسان . طبقات الحنابلة ١/٤٠٩ .

أبو الخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ خِيارُه إذا لم يَمْنَعْها ؛ لأنَّ إقْرارَهُ لها على ذلك يَجْرِى مجْرَى اسْتِمْتاعِه بها . وقال أبو حنيفةَ : إن قَبَّلَتْهُ لِشَهْوَةٍ بَطَلَ خِيارُه ، لأنَّه اسْتِمْتاعٌ يَخْتَصُّ المِلْكَ ، فأَبْطَلَ خِيارَهُ ، كَقُبْلَتِه لها . ولنا : أنَّها قُبْلَةٌ لِأَحَدِ المُتَعاقِدَيْنِ ، فلم يَبْطُلْ خِيارُه ، كما لو قَبَّلَتِ البائِعَ . ولأنَّ الخِيارَ لَهُ ، لا لَها ، فلو أَلْزَمْناهُ بِفِعْلِها لَأَلْزَمْناهُ بغيرِ رِضاهُ ، ولا دَلالَةَ عليه ، وفارَقَ ما إذا قَبَّلَها ؛ فإنَّه[7] وُجِدَ منه ما يَدُلُّ على الرِّضا بها . ومَتَى بَطَلَ خِيارُ المُشْتَرِى بِتَصرُّفِه ، فَخِيارُ البائِعِ باقٍ بحالِه ؛ لأنَّ خِيارَهُ لا يَبْطُلُ بِرِضا غَيْرِه ، إلَّا أن يَكونَ تَصرُّفُ المُشْتَرِى بإِذْنِ البائِعِ ، فإنَّه يَبْطُلُ / خِيارُهما معًا ؛ لِوُجُودِ الرِّضا منهما[8] بإبْطالِه . وإن تَصَرَّفَ البائِعُ فى المَبيعِ بما يَفْتَقِرُ إلى المِلْكِ ، كان فَسْخًا للْبَيْعِ ، وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ ؛ لما ذَكَرْنَاهُ فى المُشْتَرِى . ولأنَّه أحَدُ المُتَعاقِدَيْنِ ، فَتصرُّفُه فى المَبيعِ اخْتِيارٌ له ، كالمُشْتَرِى . وعن أحْمَدَ رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّه لا يَنْفَسِخُ البَيْعُ بذلك ؛ لأنَّ المِلْكَ انْتَقَلَ عنه ، فلم يكُنْ تَصرُّفُه فيه اسْتِرْجاعًا له ، كَمَنْ وَجَدَ مالَهُ عند مُفْلِسٍ ، فَتَصرَّفَ فيه .

١٤٥/٤ ظ

فصل : ويَنْتَقِلُ المِلْكُ إلى المُشْتَرِى فى بَيْعِ الخِيارِ بِنَفْسِ العَقْدِ فى ظاهِرِ المذهبِ ، ولا فَرْقَ بين كَوْنِ الخِيارِ لهما ، أو لأَحَدِهما ، أيُّهما كان ، وهذا أحَدُ أقْوالِ الشَّافِعِىِّ . وعن أحمدَ : أنَّ المِلْكَ لا يَنْتَقِلُ حتى يَنْقَضِىَ الخِيارُ ، وهو قَوْلُ مَالِكٍ ، والقَوْلُ الثَّانِى لِلشَّافِعِىِّ ، وبه قال أبو حَنِيفَةَ إذا كان الخِيارُ لهما وللبائِعِ[9] ، وإن كان لِلْمُشْتَرِى خَرَجَ عن مِلْكِ البَائِعِ ، فلم يَدْخُلْ فى مِلْكِ المُشْتَرِى ؛ لأنَّ البَيْعَ الذى فيه الخِيارُ عَقْدٌ قاصِرٌ ، فلم يَنْقُلِ المِلْكَ ، كَالهِبَةِ قبلَ القَبْضِ . والقَوْلُ الثَّالِثُ لِلشَّافِعِىِّ : أنَّ المِلْكَ مَوْقوفٌ مُراعًى ، فإن أَمْضَيَا البَيْعَ تَبيَّنَّا أنَّ المِلْكَ لِلْمُشْتَرِى ،

---

(٧) فى م : « لأنه » .

(٨) فى الأصل : « منهم » .

(٩) فى م : « أو للبائع » .

وإلَّا تَبيَّنَّا أنَّه لم يَنْتَقِلْ عن البائِعِ . ولنا ، قَوْلُ النَّبيِّ ﷺ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا وله مَالٌ ، فَمَالُه لِلْبَائِعِ ، إلَّا أنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتاعُ »[10] . وقَوْلُه : « من بَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أنْ تُؤَبَّرَ فَثَمَرَتُهُ للبَائِعِ ، إلَّا أن يَشْتَرِطَهُ المُبْتَاعُ » . مُتَّفَقٌ عليه[11] . فجَعَلَهُ لِلْمُبْتاعِ بمُجَرَّدِ اشْتِرَاطِه ، وهو عامٌّ في كلِّ بَيْعٍ . ولأنَّه بَيْعٌ صَحيحٌ ، فنَقَلَ المِلْكَ عَقِيبَه ، كالذى لا خِيارَ له . ولأنَّ البَيْعَ تَمْليكٌ ، بِدَليلِ قَوْلِه : مَلَّكْتُكَ . فيَثْبُتُ به المِلْكُ ، كسائِرِ البَيْعِ . يُحَقِّقُهُ أنَّ التَّمْليكَ يَدُلُّ على نَقْلِ المِلْكِ إلى المُشْتَرِى ، ويَقْتَضِيهِ لَفْظُه ، والشَّرْعُ قد اعْتَبَرَهُ وقَضَى بِصِحَّتِه ، فيَجِبُ أن يَعْتَبِرَهُ فيما يَقْتَضِيهِ ويَدُلُّ عليه لَفْظُهُ ، وثُبُوتُ الخِيارِ فيه لا يُنافِيهِ ، كما لو باعَ عَرْضًا بِعَرْضٍ ،

---

(10) فى م زيادة : « رواه مسلم » . والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب الرجل يكون له ممر أو شرب فى حائط أو نخل ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ١٥١/٣ . ومسلم ، فى : باب من باع نخلا عليها ثمر ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٧٣/٣ . وأبو داود ، فى : باب العبد يباع وله مال ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢٤٠/٢ ، ٢٤١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٥٣/٥ . والنسائى ، فى : باب العبد يباع ويستثنى المشترى ماله ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦١/٧ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى من باع نخلا مؤبرا أو عبدا له مال ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٦/٢ . والدارمى ، فى : باب فى من باع عبدا له مال ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٥٣/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى مال المملوك ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦١١/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٩/٢ ، ٧٨ ، ٨٢ ، ١٥٠ ، ٣٠١/٣ ، ٣١٠ ، ٣٢٦/٥ .

(11) أخرجه البخارى ، فى : باب من باع نخلا قد أبرت أو أرضا مزروعة أو بإجارة ، وباب بيع النخل بأصله ، من كتاب البيوع ، وباب الرجل يكون له ممر أو شرب فى حائط أو فى نخل ، من كتاب المساقاة ، وباب إذا باع نخلا قد أبرت ، من كتاب الشروط . صحيح البخارى ١٠٢/٣ ، ١٥٠ ، ١٥١ ، ٢٤٧ . ومسلم ، فى : باب من باع نخلا عليها ثمر ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٧٢/٣ ، ١١٧٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى العبد يباع وله مال ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢٤٠/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٥٢/٥ ، ٢٥٣ . والنسائى ، فى : باب النخل يباع أصلها ويستثنى المشترى ثمرها ، وباب العبد يباع ويستثنى المشترى ماله ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٠/٧ ، ٢٦١ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى من باع نخلا مؤبرا أو عبدا له مال ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٥/٢ ، ٧٤٦ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى ثمر المال يباع أصله ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦١٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٢ ، ٩ ، ٥٤ ، ٦٣ ، ٧٨ ، ٨٢ ، ١٠٢ ، ١٥٠ ، ٣٢٦/٥ .

فَوَجَدَ كُلُّ واحِدٍ منهما بما اشْتَراهُ عَيْبًا . وقَوْلُهم : إنَّه قاصِرٌ . غيرُ صَحِيحٍ ، وجَوازُ فَسْخِه لا يُوجِبُ قُصورَهُ ، ولا يَمْنَعُ نَقْلَ المِلْكِ كَبَيْعِ المَعِيبِ ، وامْتِناعُ التَّصرُّفِ إنَّما كان لِأَجْلِ حَقِّ الغَيْرِ ، فلا يَمْنَعُ ثُبوتَ المِلْكِ ، كالمَرْهُونِ ، والمَبِيعِ قبل القَبْضِ . وقَوْلُهم : إنَّه يَخْرُجُ / من مِلْكِ البائِعِ ، ولا يَدْخُلُ فى مِلْكِ المُشْتَرِى . ١٤٦/٤ و لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى وُجُودِ مِلْكٍ لا مالِكَ له ، وهو مُحالٌ ، ويُفْضِى أيضًا إلى ثُبوتِ المِلْكِ للبائِعِ[١٢] من غيرِ حُصولِ عِوَضِهِ لِلْمُشْتَرِى ، أو إلى نَقْلِ مِلْكِه عن المَبِيعِ من غيرِ ثبوتِه فى عِوَضِه ، وكَوْنُ العَقْدِ مُعاوَضَةً يَأْبَى ذلك . وقَوْلُ أَصْحابِ الشَّافِعِىِّ : إنَّ المِلْكَ مَوْقوفٌ ، إن أَمْضَيا البَيْعَ تَبَيَّنَّا أنَّه انْتَقَلَ ، وإلَّا فلا . غيرُ صَحِيحٍ أيضًا ؛ فإنَّ انْتِقالَ المِلْكِ إنَّما يَنْبَنِى على سَبَبِه النَّاقِلِ له ، وهو البَيْعُ ، وذلك لا يَخْتَلِفُ بإمْضائِه وَفسْخِه ، فإنَّ إمْضاءَهُ لَيْسَ من المُقْتَضِى ولا شَرْطًا فيه ، إذ لو كان كَذَلِكَ لما ثَبَتَ المِلْكُ قبله ، والفَسْخُ لَيْسَ بمانِعٍ ؛ فإنَّ المَنْعَ لا يَتَقَدَّمُ المانِعَ ، كما أنَّ الحُكْمَ لا يَسْبِقُ سَبَبَهُ ولا شَرْطَهُ . ولأنَّ البَيْعَ مع الخِيارِ سَبَبٌ يَثْبُتُ المِلْكُ عَقِيبَهُ فيما إذا لم يُفْسَخْ ، فوَجَبَ أن يَثْبُتَ[١٣] وإن فُسِخَ ، كَبَيْعِ المَعِيبِ ، وهذا ظاهِرٌ إن شاءَ اللهُ .

فصل : وما يَحصُلُ من غَلَّاتِ المَبِيعِ ، ونَمائِهِ المُنْفَصِلِ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فهو لِلْمُشْتَرِى ، أَمْضَيا العَقْدَ ، أو فَسَخاهُ ، قال أَحْمَدُ فى من اشْتَرَى عَبْدًا ، فَوُهِبَ له مالٌ قبلَ التَّفَرُّقِ ، ثم اخْتارَ البَائِعُ العَبْدَ : فَالمالُ لِلْمُشْتَرِى . وقال الشَّافِعِىُّ : إن أَمْضَيا العَقْدَ ، وقُلْنا : المِلْكُ لِلْمُشْتَرِى ، أو مَوْقُوفٌ . فالنَّماءُ المُنْفَصِلُ له ، وإن قُلْنا : المِلْكُ للبائِعِ . فَالنَّماءُ له . وإن فَسَخا العَقْدَ ، وقُلْنا : المِلْكُ لِلبائِعِ ، أو مَوْقُوفٌ . فَالنَّماءُ له ، وإلَّا فهو لِلْمُشْتَرِى . ولنا ، قَوْلُ النَّبِىِّ ﷺ : « الخَراجُ بِالضَّمانِ » .

---

(١٢) فى م زيادة : « فى الثمن » .

(١٣) فى م : « يثبته » .

قال التِّرمِذِيُّ [١٤] : هذا حَديثٌ صَحِيحٌ . وهذا من ضَمانِ المُشْتَرِى ، فيَجِبُ أن يَكُونَ خَراجُه له . ولأنَّ المِلْكَ يَنْتقِلُ بالبَيْعِ [١٥] على ما ذَكَرْنا ، فَيَجِبُ أن يَكون نَماؤُهُ له ، كما [١٦] بعد انْقِضاءِ الخِيارِ . ويَتَخَرَّجُ أن يَكونَ النَّماءُ المُنْفَصِلُ للبائِعِ إذا فَسَخا العَقْدَ ، بِناءً على الرِّوايَةِ التى قُلْنا : إنَّ المِلْكَ لا يَنْتقِلُ . فأمَّا النَّماءُ المُتَّصِلُ فهو تابعٌ للمَبيعِ ، أمْضَيا العَقْدَ ، أو فَسَخاهُ ، كما يَتْبَعُه فى الرَّدِّ بِالعَيْبِ والمُقايَلَةِ .

فصل : وضَمانُ المَبيعِ على المُشْتَرِى إذا قَبَضَهُ ، ولم [١٧] يَكُنْ مَكيلًا ، ولا مَوْزُونًا . فإن تَلِفَ ، أو نَقَصَ ، أو حَدَثَ به عَيْبٌ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فهو من ضَمانِه ؛ لأنَّه مِلْكُه ، وغَلَّتُه له ، فكَانَ من ضَمانِه ، كما بعد انْقِضاءِ الخِيارِ ، / ومُؤْنَتُه عليه . ١٤٦/٤ ظ وإن كان عَبْدًا ، فَهَلَّ هِلالُ شَوَّالٍ ، فَفِطْرَتُه عليه لِذَلِكَ . فإن اشْتَرَى حامِلًا ، فوَلَدَتْ عنده فى مُدَّةِ الخِيارِ ، ثم رَدَّها على البائِعِ ، لَزِمَهُ رَدُّ وَلَدِها ؛ لأنَّه مَبيعٌ حَدَثَتْ فيه زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، فَلَزِمَه رَدُّهُ بزِيادَتِه ، كما لو اشْتَرَى عَبْدَيْنِ ، فَسَمِنَ أحَدُهُما عندَه . وقال الشَّافِعِىُّ فى أحَدِ قَوْلَيْه : لا يَرُدُّ الوَلَدَ ؛ لأنَّ الحَمْلَ لا حُكْمَ له ؛ لأنَّه جُزْءٌ مُتَّصِلٌ بالأُمِّ ، فلم يَأْخُذْ قِسْطًا من الثَّمَنِ ، كأَطْرافِها . ولنا ، أنَّ كُلَّ ما يُقَسَّطُ عليه الثَّمَنُ إذا كان مُنْفَصِلًا ، يُقَسَّطُ عليه إذا كان مُتَّصِلًا ، كاللَّبَنِ . وما قالوه يَبْطُلُ بِالجُزْءِ المُشاعِ ، كَالثُّلُثِ ، والرُّبعِ ، والحُكْمُ فى الأصْلِ مَمْنُوعٌ ، ثم يُفارِقُ الحَمْلُ الأطْرَافَ ؛ لأنَّه يَؤُولُ إلى الانْفِصالِ ، ويُنْتَفَعُ به مُنْفَصِلًا ، ويَصِحُّ إفْرادُه بِالعِتْقِ ،

---

(١٤) فى : باب ما جاء فى من يشترى العبد فيستغله ثم يجد به عيبا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٨٥/٥ ، ٢٨٦ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى من اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥٤/٢ ، ٢٥٥ . والنسائى ، فى : باب الخراج بالضمان ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٣/٧ . وابن ماجه ، فى : باب الخراج بالضمان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٩/٦ ، ٢٠٨ ، ٢٣٧ .

(١٥) فى م : « بالمبيع » .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) فى الأصل : « أو لم » .

والوَصِيَّةُ به ، وله ، ويَرِثُ إن كان من أَهْلِ المِيراثِ ، ويُفْرَدُ بالدِّيَةِ ، ويَرِثُها وَرَثَتُه . ولا يَصِحُّ قَوْلُهُمْ : إنَّه لا حُكْمَ لِلْحَمْلِ . لهذه الأَحْكامِ وغيرِها ممَّا ذَكَرْناهُ فى غيرِ هذا المَوْضِعِ .

فصل : وإن تَصرَّفَ أحَدُ المُتَبايِعَيْنِ فى مُدَّةِ الخِيارِ فى المَبيعِ تَصرُّفًا يَنْقُلُ المَبيعَ ، كَالبَيْعِ ، والهِبَةِ ، والوَقْفِ ، أو يَشْغَلُهُ ، كالإِجارَةِ ، والتَّزوِيجِ ، والرَّهْنِ ، والكِتابَةِ ، ونَحْوِها ، لم يَصِحَّ تَصرُّفُه ، إلَّا العِتْقُ ، سواءٌ وُجِدَ من البائِعِ ، أو المُشْتَرِى ؛ لأنَّ البائِعَ تَصَرَّفَ فى غيرِ مِلْكِه ، والمُشْتَرِى يُسْقِطُ حَقَّ البائِعِ من الخِيارِ ، وَاسْتِرْجاعِ المَبيعِ ، فلم يَصِحَّ تَصرُّفُه فيه ، كَالتَّصرُّفِ فى الرَّهْنِ ، إلَّا أن يَكونَ الخِيارُ لِلْمُشْتَرِى وَحْدَه ، فَيَنْفُذُ تَصرُّفُه ، ويَبْطُلُ[18] خِيارُهُ ؛ لأنَّه لا حَقَّ لِغَيْرِه فيه ، وثُبُوتُ الخِيارِ له لا يَمْنَعُ تَصرُّفَهُ فيه ، كالمَعيبِ . قال أحمدُ : إذا اشْتَرَطَ الخِيارَ ، فباعَه قبل ذلك بِرِبْحٍ ، فَالرِّبْحُ للمُبْتاعِ ؛ لأنَّه قد وَجَبَ عليه حِينَ عَرَضَهُ . يعنى بَطَلَ خِيارُهُ ، ولَزِمَهُ . وهذا واللهُ أعْلَمُ فيما إذا شَرَطَ الخِيارَ له وَحْدَهُ ، وكذلك إذا قلنا : إنَّ البَيْعَ لا يَنْقُلُ المِلْكَ ، وكان الخِيارُ لهما ، أو للبائِعِ وَحْدَه ، فَتَصرَّفَ فيه البائِعُ ، نَفَذَ تَصرُّفُه ، وصَحَّ ؛ لأنَّه مَلَكَهُ ، وله إبْطالُ خِيارِ غَيْرِه ، وقال ابنُ أبى موسى : فى تَصرُّفِ المُشْتَرِى فى المَبيعِ قبلَ التَّفَرُّقِ بِبَيْعٍ أو هِبَةٍ روايَتانِ ؛ إحداهما / ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ فى صِحَّتِه إسْقاطَ حَقِّ البائِعِ من الخِيارِ . والثانية ، هو مَوْقُوفٌ ؛ فإن تَفَرَّقَا قبل الفَسْخِ صَحَّ ، وإن اختارَ البائِعُ الفَسْخَ بَطَلَ بَيْعُ المُشْتَرِى . قال أحْمَدُ فى رِوايَةِ أبى طالِبٍ : إذا اشْتَرَى ثَوْبًا بِشَرْطٍ ، فباعَهُ بِرِبْحٍ قبل انْقِضاءِ الشَّرْطِ ، يَرُدُّهُ إلى صاحِبِه إن طَلَبَه ، فإن لم يَقْدِرْ على رَدِّه ، فلِلْبَائِعِ قِيمَةُ الثَّوْبِ ؛ لأنَّه اسْتَهْلَكَ ثَوْبَهُ ، أو يُصالِحُه . فقوله : يَرُدُّه إن طَلَبَه . يَدُلُّ على أنَّ وُجوبَ رَدِّهِ مَشْروطٌ بِطَلَبِه . وقد رَوَى البُخَارِىُّ[19] ، عن ابنِ عمرَ ، أنَّه كان

١٤٧/٤ و

---

(١٨) فى الأصل : « أو يبطل » .

(١٩) فى : باب إذا اشترى شيئا فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا ... ، من كتاب البيوع ، وفى : باب كيف =

مع رسولِ اللهِ ﷺ فى سَفَرٍ ، فكان على بَكْرٍ صَعْبٍ ، وكان يَتَقَدَّمُ النَّبِىَّ ﷺ ، فيقولُ له أبوه : لا يَتَقَدَّمُ النَّبِىَّ ﷺ أحَدٌ . فقال له النَّبِىُّ ﷺ : « بِعْنِيهِ » . فقال عمرُ : هو لك يا رسولَ اللهِ . فقال النَّبِىُّ ﷺ : « هُوَ لَكَ يا عَبْدَ اللهِ بْنَ عُمَرَ ، فَاصْنَعْ بِهِ مَا شِئْتَ » . وهذا يَدُلُّ على أنَّ التَّصرُّفَ قبلَ التَّفرُّقِ جائِزٌ ، وذَكَرَ أصْحابُنا فى صِحَّةِ تَصرُّفِ المُشْتَرِى بالوَقْفِ وَجْهًا آخَرَ ؛ لأنَّه تَصرُّفٌ يُبْطِلُ الشُّفْعَةَ ، فأشْبَهَ العِتْقَ ، والصَّحيحُ أنَّه لا يَصِحُّ شَىْءٌ من هذه التَّصرُّفاتِ ؛ لأنَّ المَبيعَ يَتَعلَّقُ به حَقُّ البائِعِ تَعَلُّقًا يَمْنَعُ جوازَ التَّصرُّفِ ، فمَنَعَ صِحَّتَهُ ، كالرَّهْنِ . ويُفارِقُ الوَقْفُ العِتْقَ ؛ لأنَّ العِتْقَ مَبْنِىٌّ على التَّغْليبِ والسِّرايَةِ ، بِخِلافِ الوَقْفِ . وأمَّا حَديثُ ابنِ عُمَرَ ، فليس فيه تَصْريحٌ بالبَيْعِ ، فإنَّ قَوْلَ عمرَ : هو لك . يَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ هِبَةً ، وهو الظَّاهِرُ ، فإنَّه لم يَذْكُرْ ثَمَنًا ، والهِبَةُ لا يَثْبُتُ فيها الخِيارُ . وقال الشَّافِعِىُّ : تَصرُّفُ البائِعِ فى المَبيعِ بالبَيْعِ والهِبَةِ ونَحْوِهما صَحيحٌ ؛ لأنَّه إمَّا أن يَكونَ على مِلْكِه فيُمَلِّكُ بالعَقْدِ[20] عليه ، وإمَّا أن يَكونَ لِلْمُشْتَرِى ، والبائِعُ يَمْلِكُ فَسْخَهُ ، فجَعَلَ البَيْعَ والهِبَةَ فَسْخًا . وأمَّا تَصرُّفُ المُشْتَرِى ، فلا يَصِحُّ إذا قلنا : المِلْكُ لِغَيْرِه . وإنْ قلنا : المِلْكُ له . فَفِى صِحَّةِ تَصرُّفِه وَجْهانِ . ولنا ، على إبْطالِ تَصرُّفِ البائِعِ ، أنَّه تَصرَّفَ فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ ، ولا نِيابَةٍ عُرْفِيَّةٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما بعد الخِيارِ . وقَوْلُهم[21] : يَمْلِكُ الفَسْخَ . قلنا : / إلَّا أنَّ ابْتِداءَ التَّصرُّفِ لم يُصادِفْ مِلْكَه ، فلم يَصِحَّ ، كتَصرُّفِ الأبِ فيما وَهَبَ لِوَلَدِهِ قبلَ اسْتِرْجاعِه ، وتَصرُّفِ الشَّفيعِ فى الشِّقْصِ المَشْفوعِ قبلَ أخْذِهِ . ١٤٧/٤ ظ

فصل : وإن تَصرَّفَ المُشْتَرِى بإذْنِ البائِعِ ، أو البائِعُ بِوَكالَةِ المُشْتَرِى ، صَحَّ التَّصرُّفُ ، وانْقَطَعَ خِيارُهما ؛ لأنَّ ذلك يَدُلُّ على تَراضِيهِما بإمْضاءِ البَيْعِ ، فيُقْطَعُ

= يقبض العبد المتاع ، وباب من أهدى له هدية وعنده جلساؤه فهو أحق ... ، وباب إذا وهب بعيرا لرجل وهو راكب فجائز ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٨٥/٣ ، ٢٠٩ ، ٢١٢ ، ٢١٣ .

(٢٠) فى الأصل : « العقد » .

(٢١) فى م : « قولهم » .

به خِيارُهما ، كما لو تَخايَرا ، ويَصِحُّ تَصرُّفُهما ؛ لأنَّ قَطْعَ الخِيارِ حَصَلَ بالإذْنِ فى البَيْعِ ، فيَقَعُ البَيْعُ بعد انْقِطاعِ الخِيارِ . وإن تَصرَّفَ البائِعُ بإذْنِ المُشْتَرِى ، احْتَمَلَ أن يَقَعَ صَحِيحًا ؛ لأنَّ ذلك دَلِيلٌ على فَسْخِ البَيْعِ ، أو اسْتِرْجاعِ المَبِيعِ ، فيَقَعُ تَصرُّفه بعد اسْتِرْجاعِه ، ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّ البائِعَ لا يَحْتاجُ إلى إذْنِ المُشْتَرِى فى اسْتِرْجاعِ المَبِيعِ ، فيَصِيرُ كتَصرُّفِهِ بغيرِ إذْنِ المُشْتَرِى ، وقد ذَكَرْنا أنَّه لا يَصِحُّ ، كذا هٰهُنَا . وكلُّ مَوْضِعٍ قلنا : إنَّ تَصرُّفَ البائِعِ لا يَنْفُذُ ، ولكن يَنْفَسِخُ به البَيْعُ . فإنَّه مَتَى أعادَ ذلك التَّصرُّفَ ، أو تَصرَّفَ تَصرُّفًا سِواهُ ، صَحَّ ؛ لأنَّه بفَسْخِ البَيْعِ عادَ إليه المِلْكُ ، فَصَحَّ تَصرُّفُه فيه ، كما لو فَسَخَ البَيْعَ بصَرِيحِ قَوْلِه ، ثم تَصرَّفَ فيه ، وكذلك إن تَقَدَّمَ تَصرُّفَهُ ما يَنْفَسِخُ به البَيْعُ ، صَحَّ تَصرُّفُه ؛ لما ذَكَرْنا .

فصل : وإن تَصرَّفَ أحَدُهما بالعِتْقِ ، نَفَذَ عِتْقُ مَنْ حَكَمْنا بالمِلْكِ له ، وظاهِرُ المذهبِ أنَّ المِلْكَ لِلْمُشْتَرِى ، فيَنْفُذُ عِتْقُه ، سَواءٌ كان الخِيارُ لهما ، أو لأحَدِهما ؛ لأنَّه عِتْقٌ من مالِكٍ جائِزِ التَّصرُّفِ ، فنَفَذَ ، كما بعدَ المُدَّةِ . وقَوْلُ النَّبِىِّ ﷺ : « لا عِتْقَ فيما لا يَمْلِكُ ابنُ آدَمَ »[22] . يَدُلُّ بمَفْهُومِهِ على أنَّه يَنْفُذُ[23] فى المِلْكِ ، ومِلْكُ البائِعِ لِلْفَسْخِ لا يَمْنَعُ نُفوذَ العِتقِ ، كما لو باعَ عَبْدًا بجارِيَةٍ مَعِيبَةٍ[24] ، فإنَّ مُشْتَرِى العَبْدِ يَنْفُذُ عِتْقُه ، مع أنَّ للبائِعِ الفَسْخَ . ولو وَهَبَ رَجُلٌ ابْنَهُ عَبْدًا ، فأعْتَقَهُ ، نَفَذَ عِتْقُه ، مع مِلْكِ الأبِ لِاسْتِرْجاعِه . ولا يَنْفُذُ عِتْقُ البائِعِ فى ظاهِرِ المَذْهَبِ . وقال أبو حنيفَةَ ، والشَّافِعِىُّ ، ومالكٌ : يَنْفُذُ عِتْقُه ؛ لأنَّه مِلْكُه ، وإن كان المِلْكُ انْتَقَلَ فإنَّه يَسْتَرْجِعُه بالعِتْقِ . ولنا ، أنَّه إعْتاقٌ من غيرِ مالِكٍ ، فلم يَنْفُذْ ، / كعِتْقِ الأبِ عَبْدَ ابْنِهِ الذى وَهَبَهُ[25] إيَّاهُ ، وقد دَلَلْنا على أنَّ المِلْكَ انْتَقَلَ إلى المُشْتَرِى .

١٤٨/٤ و

---

(٢٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الطلاق قبل النكاح ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥٠٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥/١٤٧ . وابن ماجه ، فى : باب لا طلاق قبل النكاح ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/٦٦٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٩٠ .

(٢٣) فى الأصل : « تنفيذ » .

(٢٤) فى الأصل ، م : « معينة » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٢٥) فى الأصل : « رهنه » .

وإن قلنا بالرِّوايَةِ الأُخْرَى ، وأنَّ المِلْكَ لم يَنْتَقِلْ إلى المُشْتَرِى ، نَفَذَ عِتْقُ البائِعِ دُونَ المُشْتَرِى . وإن أعْتَقَ البائِعُ والمُشْتَرِى جَمِيعًا ، فإن تَقَدَّمَ عِتْقُ المُشْتَرِى ، فالحُكْمُ على ما ذَكَرْنَا ، وإن تَقَدَّمَ عِتْقُ البائِعِ ، فَيَنْبَغِى أن لا يَنْفُذَ عِتْقُ واحِدٍ مِنْهُما ؛ لأنَّ البائِعَ لم يَنْفُذْ عِتْقُه ؛ لِكَوْنِه أعْتَقَ غيرَ مَمْلُوكِهِ ، ولكنْ حَصَلَ بإعْتاقِه فَسْخُ البَيْعِ ، واسْتِرْجاعُ العَبْدِ ، فلم يَنْفُذْ عِتْقُ المُشْتَرِى . ومتى أعادَ البائِعُ الإِعْتاقَ مَرَّةً ثانِيَةً ، نَفَذَ إعْتاقُه ؛ لأنَّه عادَ العَبْدُ إليه ، فأشْبَه ما لو اسْتَرْجَعَه بِصَرِيحِ قَوْلِه . ولو اشْتَرَى من يَعْتِقُ عليه ، جَرَى مجْرَى إعْتاقِهِ بِصَرِيحِ قَوْلِه ، وقد ذَكَرْنا حُكْمَه . وإن باعَ عَبْدًا بِجارِيَةٍ ، بِشَرْطِ الخِيارِ ، فأعْتَقَهُما ، نَفَذَ عِتْقُ الأَمَةِ دُونَ العَبْدِ . وإن أعْتَقَ أحَدَهما ، ثم أعْتَقَ الآخرَ ، نَظَرْتَ ، فإن أعْتَقَ الأمَةَ أوَّلًا ، نَفَذَ عِتْقُها ، وبَطَلَ خِيارُه ، ولم يَنْفُذْ عِتْقُ العَبْدِ ، وإن أعْتَقَ العَبْدَ أوَّلًا ، انْفَسَخَ البَيْعُ ، ورَجَعَ إليه العَبْدُ ، ولم يَنْفُذْ إعْتاقُه ، ولا يَنْفُذُ عِتْقُ الأمَةِ ؛ لأنَّها خَرَجَتْ بِالفَسْخِ عن مِلْكِهِ ، وعادَتْ إلى سَيِّدِها البائِعِ لها .

فصل : إذا قال لِعَبْدِه : إذا بِعْتُكَ فَأَنْتَ حُرٌّ . ثم باعَهُ ، صارَ حُرًّا ، نَصَّ عليه أحمدُ ، وبه قال الحَسَنُ ، وابنُ أبى ليلى ، ومالكٌ ، والشَّافِعِىُّ . وسَواءٌ شَرَطا الخِيارَ أو لم يَشْرِطاهُ ، وقال أبو حنيفةَ ، والثَّوْرِىُّ : لا يَعْتِقُ ؛ لأنَّه إذا تَمَّ بَيْعُه زالَ مِلْكُه عنه . فلم يَنْفُذْ إعْتاقُه له . ولنا ، أن زَمَنَ انْتِقالِ المِلْكِ زَمَنُ الحُرِّيَّةِ ؛ لأنَّ البَيْعَ سَبَبٌ لِنَقْلِ المِلْكِ ، وَشَرْطٌ لِلْحُرِّيَّةِ . فيَجِبُ تَغْلِيبُ الحُرِّيَّةِ ، كما لو قال لِعبدِه : إذا مِتُّ فأنت حُرٌّ ، ولأنَّه عَلَّقَ حُرِّيَّتَهُ على فِعْلِه لِلْبَيْعِ . والصَّادِرُ منه فى البَيْعِ إنَّما هو الإِيجابُ ، فمتى قال لِلْمُشْتَرِى : بِعْتُكَ . فقد وُجِدَ شَرْطُ الحُرِّيَّةِ ، فَيعْتِقُ قبل قَبُولِ المُشْتَرِى ، وعَلَّلَهُ القاضى بأنَّ الخِيارَ ثابِتٌ فى كُلِّ بَيْعٍ ، فلا يَنْقَطِعُ تَصَرُّفُه فيه . فعلى هذا لو تَخايَرا ثم باعَه لم يَعْتِقْ ، ولا يَصِحُّ هذا التَّعْلِيلُ على مذهبنا . فإنَّنا ذَكَرْنا أنَّ البائِعَ لو أعْتَقَ فى مُدَّةِ الخِيارِ لم يَنْفُذْ / إعْتاقُه . ١٤٨/٤ ظ

فصل : ولا يَجُوزُ لِلْمُشْتَرِى وَطْءُ الجارِيَةِ فى مُدَّةِ الخِيارِ إذا كان الخِيارُ لهما أو لِلْبائِعِ وحدَهُ ؛ لأنَّه يَتَعَلَّقُ بها حَقُّ البائِعِ ، فلم يُبَحْ له وَطْؤُها كالمَرْهُونَةِ ، ولا نَعْلَمُ

فى هذا خِلافًا[٢٦] ، فإن وَطِئَها فلا حَدَّ عليه ؛ لأنَّ الحَدَّ يُدْرَأُ [٢٧] بالشُّبْهةِ للمِلْكِ[٢٧] فبِحَقِيقَتِه أوْلَى ، ولا مَهْرَ لها ؛ لأنَّها مَمْلُوكَتُه ، وإن عَلِقَتْ منه ، فالوَلَدُ حُرٌّ يَلْحَقُه نَسَبُه ؛ لأنَّه من أَمَتِه ، ولا يَلْزَمُه قِيمَتُه ، وتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له ، وإن فَسَخَ البائِعُ البَيْعَ رَجَعَ بِقِيمَتِهَا ؛ لأنَّه تَعذَّرَ الفَسْخُ فيها ، ولا يَرْجِعُ بِقِيمَةِ وَلَدِها ؛ لأنَّه حَدَثَ فى مِلْكِ المُشْتَرِى . وإن قُلْنا : إنَّ المِلْكَ لا يَنْتَقِلُ إلى المُشْتَرِى ، فلا حَدَّ عليه أيضا ؛ لأنَّ له فيها شُبْهَةً لِوُجُودِ سَبَبِ نَقْلِ المِلْكِ إليه ، واخْتِلافِ أهْلِ العِلْمِ فى ثُبُوتِ المِلْكِ له ، والحدُّ يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، وعليه المَهْرُ ، وقِيمَةُ الوَلَدِ يكونُ حُكْمُها حُكْمَ نَمائِها ، وإن عَلِمَ التَّحْرِيمَ ، وأنَّ مِلْكَه غيرُ ثابِتٍ ، فَوَلَدُهُ رَقِيقٌ . وأمَّا البائِعُ فلا يَحِلُّ له الوَطْءُ قبل فَسْخِ البَيْعِ . وقال بَعْضُ أصْحابِ الشَّافِعِىِّ : له وَطْؤُهَا ؛ لأنَّ البَيْعَ يَنْفَسِخُ بِوَطْئِه ، فإن كان المِلْكُ انْتَقَلَ رَجَعَتْ إليه ، وإن لم يَكُنِ انْتَقَلَ انْقَطَعَ حَقُّ المُشْتَرِى منها[٢٨] ، فيَكُونُ وَاطِئًا لِمَمْلُوكَتِه التى لا حَقَّ لغيرِه فيها . ولنا ، أنَّ المِلْكَ انْتَقَلَ عنه فلم يَحِلَّ له وَطْؤُها ؛ لِقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾[٢٩] ، ولأنَّ ابْتِداءَ الوَطْءِ يَقَعُ فى غيرِ مِلْكِه ، فيكونُ حَرَامًا . ولو انْفَسَخَ البَيْعُ قبل وَطْئِه ، لم تَحِلَّ له[٣٠] حتى يَسْتَبْرِئَها ، ولا يَلْزَمُه حَدٌّ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وقال بعضُ أصْحابِنا : إن عَلِمَ التَّحْرِيمَ ، وأنَّ مِلْكَهُ قد زال ، ولا يَنْفَسِخُ بالْوَطْءِ ، فعليه الحَدُّ . وذكر أنَّ أحْمدَ نَصَّ عليه ؛ لأنَّ وَطْأَهُ لم يُصادِفْ مِلْكًا ولا شُبْهَةَ مِلْكٍ . ولنا ، أنَّ مِلْكَهُ يَحْصُلُ بِابْتِداءِ وَطْئِهِ ، فَيَحْصُلُ تَمامُ الوَطْءِ فى مِلْكِهِ ، مع اخْتِلافِ العُلَماءِ فى كَوْنِ المِلْكِ له ، وحِلِّ الوَطْءِ له ، ولا يَجِبُ الحَدُّ

---

(٢٦) فى م : « اختلافا » .

(٢٧-٢٧) فى م : « بشبهه الملك » .

(٢٨) سقط من : الأصل .

(٢٩) سورة المؤمنون ٦ ، ٧ .

(٣٠) سقط من : الأصل .

مع واحِدَةٍ من هذه الشُّبُهاتِ ، فكيف إذا اجْتَمَعَتْ ! مع أنه يحتَمِلُ أنْ يَحْصُلَ الفَسْخُ بالمُلامَسَةِ قبل الوَطْءِ ، / فيَكُونُ المِلْكُ قد رَجَعَ إليه قبل وَطْئِه ، ولهذا قال أحْمَدُ فى المُشْتَرِى : إنَّها قد وَجَبَتْ عليه حين وَضَعَ يَدَهُ عليها . فيما إذا مَشَطَهَا ، أو خَضَبَهَا ، أو حَفَّها ، فبِوَضْعِ يَدِه عليها لِلْجِماعِ ولَمْسِ فَرْجِها بفَرْجِه أولَى . فعلى هذا يكُونُ وَلَدُه منها حُرًّا ، ونَسَبُه لاحِقٌ به ، ولا يَلْزَمُه قِيمَتُه ، ولا مَهْرَ عليه ، وتَصِيرُ الأَمَةُ أُمَّ وَلَدِهِ . وقال أصْحابُنا : إن عَلِمَ التَّحْرِيمَ فوَلَدُه رَقِيقٌ ، ولا يَلْحَقُه نَسَبُهُ . فإن لم يَعْلَمْ لَحِقَهُ النَّسَبُ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ ، وعليه قِيمَتُه يومَ الوِلادَةِ ، وعليه المَهْرُ ، ولا تَصِيرُ الأَمَةُ أُمَّ وَلَدِهِ ، لأنَّه وَطِئَها فى غيرِ مِلْكِهِ .

149/4 و

فصل : ولا بَأْسَ بِنَقْدِ الثَّمَنِ وَقبْضِ المَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ . وهو قولُ أبِى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ ، وكَرِهَهُ مَالِكٌ . قال : لأنَّه فى مَعْنَى بَيْعٍ وسَلَفٍ إذا أقْبَضَهُ الثَّمَنَ ثم تَفاسَخا البَيْعَ ، صار كأنه أقْرَضَهُ إيَّاهُ . ولنا ، أنَّ هذا حُكْمٌ من أحْكامِ البَيْعِ ، فجازَ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، كالإجارَةِ ، وما ذَكَرَهُ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّنا (31لا نُجِيزُ31) له التَّصَرُّفَ فيه .

فصل : قَوْلُ الخِرَقِىِّ : « أو مَاتَ » الظَّاهِرُ أنَّه أرادَ العَبْدَ ، ورَدَّ الضَّمِيرَ إليه ، وهو فى معنَى قوله : « أو تَلِفَتِ السِّلْعَةُ » . ويَحتَمِلُ أنَّه رَدَّ الضَّمِيرَ إلى المُشْتَرِى ، وأرادَ إذا ماتَ المُشْتَرِى بَطَلَ الخِيارُ ؛ لأنَّ مَوْتَ العبدِ قد تَناوَلَهُ بِقَوْلِه : « أو تَلِفَتِ السِّلْعَةُ » . والحُكْمُ فى مَوْتِ البائِعِ والمُشْتَرِى واحِدٌ . والمذهبُ أنَّ خِيارَ المَيِّتِ منهما يَبْطُلُ بِمَوْتِه ، ويَبْقَى خِيارُ الآخَرِ بحالِه ، إلَّا أن يَكُونَ المَيِّتُ قد طالَبَ بالفَسْخِ قبل مَوْتِه فيه(32) ، فيَكُونُ لِوَرَثَتِه . وهو قَوْلُ الثَّوْرِىِّ ، وأبِى حنيفةَ . ويَتَخَرَّجُ أنَّ الخِيارَ لا يَبْطُلُ ، ويَنْتَقِلُ إلى وَرَثَتِه ؛ لأنَّه حَقٌّ مالِىٌّ ، فيَنْتَقِلُ إلى الوارِثِ ، كالأجَلِ وخِيارِ الرَّدِّ بالْعَيْبِ ، ولأنَّه حَقُّ فَسْخٍ لِلْبَيْعِ ، فيَنْتَقِلُ إلى الوارِثِ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ،

(31 – 31) ف : م « لم نجز » .

(32) سقط من : الأصل .

والفَسْخِ بِالتَّحالُفِ ، وهذا قَوْلُ مَالِكٍ ، والشَّافِعِىِّ . ولنا ، أنَّه حَقُّ فَسْخٍ لا يَجُوزُ الاعْتِياضُ عنه ؛ فلم يُورَثْ كخِيارِ الرُّجُوعِ فى الهِبَةِ .

٧٠٢ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإذَا تَفَرَّقَا مِنْ غَيْرِ فَسْخٍ لَمْ يَكُنْ لأحَدِهِمَا رَدُّهُ إلَّا بِعَيْبٍ أو خِيارٍ**)

لا خِلافَ فى أنَّ البَيْعَ يَلْزَمُ بعدَ التَّفَرُّقِ ، ما لم يَكُنْ سَبَبٌ يَقْتَضِى جَوازَهُ ، وقد دَلَّ عليه قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « وَإنْ تَفَرَّقَا بعدَ أن تَبَايَعَا و لم يَتْرُكْ أحَدُهُمَا البَيْعَ فقد وَجَبَ البَيْعُ »[(١)] ، وقولُه : « البَيِّعَانِ / بِالخِيَارِ حَتَّى يَتَفَرَّقَا »[(٢)] . جعَلَ التَّفَرُّقَ غايَةً لِلْخِيارِ . وما بعد الغايَةِ يَجِبُ أن يَكُونَ مُخالِفًا لِمَا قَبْلَها ، إلَّا أن يَجِدَ بالسِّلْعَةِ عَيْبًا فَيَرُدَّها به ، أو يَكُونَ قد شَرَطَ الخِيارَ لِنَفْسِه مُدَّةً مَعْلُومَةً ، فَيَمْلِكُ الرَّدَّ أيضًا . ولا خِلافَ بين أهْلِ العِلْمِ فى ثُبُوتِ الرَّدِّ بِهَذَيْنِ الأمْرَيْنِ . وقد قال النَّبِىُّ ﷺ : « المُؤْمِنُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » . اسْتَشْهَدَ به البُخارِىُّ[(٣)] . وفى مَعْنَى العَيْبِ أن يُدَلِّسَ[(٤)] المَبِيعَ بما يَخْتَلِفُ به الثَّمَنُ ، أو يَشْتَرِطَ فى المَبِيعِ صِفَةً يَخْتَلِفُ بها الثَّمَنُ ، فيَتَبَيَّنُ بِخِلافِه ، فيَثْبُتُ له الخِيارُ أيضًا . ويَقْرُبُ منه ما لو أخْبَرَهُ فى المُرابَحَةِ فى الثَّمَنِ أنَّه حَالٌّ ، فبَانَ مُؤَجَّلًا ، ونحوُ هذا ، ونَذْكُرُ هذا فى مَواضِعِهِ .

١٤٩/٤ ظ

فصل : ولو ألْحَقَا فى العَقْدِ خِيارًا بعدَ لُزُومِهِ لم يَلْحَقْهُ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ وأصْحابُه : يَلْحَقُه ؛ لأنَّ لهما فَسْخَ العَقْدِ ، فكان لهما إلْحاقُ الخِيارِ به كحَالَةِ المَجْلِسِ . ولنا ، أنَّه عَقْدٌ لازِمٌ فلم يَصِرْ جائِزًا بِقَوْلِهما ، كَالنِّكاحِ . وفارَقَ حالَ المَجْلِسِ ؛ لأنَّه جائِزٌ .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٠ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٦ .

(٣) فى : باب أجر السمسرة ، من كتاب الإجارة . صحيح البخارى ١٢٠/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٧٣/٢ .

(٤) فى : الأصل « تدليس » .

فصل : وكَلامُ الْخِرَقِيِّ يَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ به بُيُوعَ الأعْيانِ المَرْئِيَّةِ ، فلا يَكونُ فيه تَعَرُّضٌ لِبَيْعِ الغائِبِ ، ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ كُلَّ ما يُسَمَّى خِيارًا ، فيَدْخُلُ فيه خِيارُ الرُّؤْيَةِ وغيرُه . وفى بَيْعِ الغائِبِ روايَتانِ ؛ أظْهَرُهما ، أنَّ الغائِبَ الذى لم يُوصَفْ ، ولم تَتَقَدَّمْ رُؤْيَتُه لا يَصِحُّ بَيْعُه . وبهذا قال الشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ ، والحسنُ ، والأوْزاعِيُّ ، ومَالِكٌ ، وإسْحاقُ . وهو أحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ . وفيه[5] رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أنَّه يَصِحُّ . وهو مَذْهَبُ أبى حنيفةَ ، والقولُ الثَّانِى لِلشَّافِعِيِّ . وهل يَثْبُتُ لِلْمُشْتَرِى خِيارُ الرُّؤْيَةِ ؟ على رِوايَتَيْنِ ؛ أشْهَرُهما ثُبُوتُه . وهو قَوْلُ أبى حنيفةَ . واحْتَجَّ مَن أجازَهُ بِعُمُومِ قَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ ﴾[6] . ورُوِىَ عن عثمانَ ، وطَلْحَةَ ، أنَّهما تَبايَعا دارَيْهِما بالكُوفَةِ ، والأُخْرَى بالمَدِينَةِ ، فَقِيلَ لِعُثمانَ : إنَّك قد غُبِنْتَ ، فقال : ما أُبالِى ؛ لأنِّى بِعْتُ ما لم أرَهُ . وقِيلَ لِطَلْحَةَ ، فقال : لِىَ الخِيارُ ؛ لأنَّنِى اشْتَرَيْتُ ما لم أرَهُ . فتحاكَما إلى جُبَيْرٍ[7] ، فجَعَلَ الخِيارَ لِطَلْحَةَ[8] . وهذا اتِّفاقٌ منهم على صِحَّةِ البَيْعِ ، ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فلم تَفْتَقِرْ صِحَّتُه إلى رُؤْيَةِ المَعْقُودِ عليه ، كَالنِّكاحِ . ولَنا ، ما رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه نَهَى عن بَيْعِ الغَرَرِ . /رَوَاهُ مُسْلِمٌ[9] .   ٤/١٥٠ و

---

(٥) فى م : « وفى » .

(٦) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(٧) هو جبير بن مطعم بن عدى القرشى النوفلى الصحابى ، كان ممن يتحاكم إليه ، وتوفى سنة ست وخمسين . تهذيب التهذيب ٦٣/٢ .

(٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال يجوز بيع العين الغائبة ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٦٨/٥ .

(٩) فى : باب بطلان بيع الحصى والبيع الذى فيه غرر ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٣/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الغرر ، وباب فى بيع المضطر ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٨/٢ ، ٢٢٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الغرر ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٣٧/٥ . والنسائى ، فى : باب بيع الحصاة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٠/٧ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الحصاة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٩/٢ . والدارمى ، فى : باب النهى عن بيع الغرر ، وباب فى الحصاة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٥١/٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ . والإمام مالك ، فى : باب بيع الغرر ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٦٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١١٦/١ ، ٣٠٢ ، ١٥٥/٢ ، ٢٥٠ ، ٣٧٦ ، ٤٣٦ ، ٤٣٩ ، ٤٩٦ .

ولأنَّه باعَ ما لم يَرَهُ[١٠] و لم يُوصَفْ له ، فلم يَصِحَّ ، كبيعِ النَّوَى فى التَّمْرِ ، ولأنَّه نَوْعُ بَيْعٍ فلم يَصِحَّ مع[١١] الجَهْلِ بِصِفَةِ المَبِيعِ ، كالسَّلَمِ ، والآيَةُ مَخْصُوصَةٌ بالأصْلِ الذى ذَكَرْناهُ . وأمَّا حَدِيثُ عُثْمانَ وطَلْحَةَ ، فَيَحْتَمِلُ أنَّهما تَبايَعا بالصِّفَةِ ، على أنَّه قَوْلُ صَحابِىٍّ ، وفى كَوْنِه حُجَّةً خِلَافٌ ، ولا يُعارَضُ به حَدِيثُ رسولِ اللهِ ﷺ ، والنِّكَاحُ لا يُقْصَدُ منه المُعاوَضَةُ ، ولا يَفْسُدُ بفَسادِ العِوَضِ ، ولا يُتْرَكُ ذِكْرُهُ ، ولا يَدْخُلُه شَىْءٌ من الخِياراتِ . وفى اشْتِراطِ الرُّؤْيَةِ مَشَقَّةٌ على المُخَدَّراتِ وإضْرارٌ بِهِنَّ . على أن الصِّفاتِ التى تُعْلَمُ بالرُّؤْيَةِ ليستْ هى المَقْصُودَةَ بالنِّكاحِ ، فلا يَضُرُّ الجَهْلُ بها بخلافِ البَيْعِ . فإن قِيلَ : فقد رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ أنَّه قال : « مَنِ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إذَا رَآهُ »[١٢] . والخِيارُ لا يَثْبُتُ إلَّا فى عَقْدٍ صَحِيحٍ . قلنا : هذا يَرْوِيهِ عمرُ بنُ إبْراهيمَ الكُرْدِىُّ ، وهو مَتْرُوكُ الحديثِ[١٣] . ويَحْتَمِلُ أنَّه بالخِيارِ بين العَقْدِ عليه وتَرْكِهِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنه يُشْتَرَطُ رُؤْيَةُ ما هو مَقْصُودٌ بالْبَيْعِ ، كَداخِلِ الثَّوْبِ ، وشَعْرِ الجارِيَةِ ، ونَحْوِهما . فلو باعَ ثَوْبًا مَطْوِيًّا ، أو عَيْنًا حَاضِرَةً ، لا يُشاهَدُ منها ما يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ لأجْلِه ، كان كَبَيْعِ الغائِبِ . وإن حَكَمْنا بالصِّحَّةِ ، فلِلْمُشْتَرِى الخِيارُ عند رُؤْيَةِ المَبِيعِ فى الفَسْخِ والإمْضاءِ ، ويَكُونُ على الفَوْرِ ، فإنِ اخْتارَ الفَسْخَ فله ذلك ، وإن لم يَفْسَخْ لَزِمَ العَقْدُ ؛ لأنَّ الخِيارَ خِيارُ الرُّؤْيَةِ ، فوَجَبَ أن يَكُونَ عندَها . وقِيلَ : يَتَقَيَّدُ بالمَجْلِسِ الذى وُجِدَتِ الرُّؤْيَةُ فيه ؛ لأنَّه خِيارٌ ثَبَتَ بمُقْتَضَى العَقْدِ من غيرِ شَرْطٍ ، فتَقَيَّدَ بالمَجْلِسِ كخِيارِ المَجْلِسِ . وإنِ اخْتارَ الفَسْخَ قبل الرُّؤْيَةِ انْفَسَخَ ؛ لأنَّ العَقْدَ غيرُ لازِمٍ فى حَقِّهِ ، فَمَلَكَ الفَسْخَ ، كحالَةِ الرُّؤْيَةِ . وإن اخْتارَ إمْضاءَ العَقْدِ ، لم يَلْزَمْ ؛

---

(١٠) فى م : « ير » .

(١١) فى الأصل : « مع بيع » .

(١٢) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال يجوز بيع العين الغائبة ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/٢٦٨ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣/٤ .

(١٣) وانظر : ميزان الاعتدال ٣/١٧٩ .

لأنَّ الخِيارَ يَتعَلَّقُ بالرُّؤْيَةِ ، ولأنَّه يُؤَدِّى إلى إلْزامِ العَقْدِ على المَجْهُولِ ، فَيُفْضِى إلى الضَّرَرِ ، وكذلك لو تَبايَعا بِشَرْطِ أن لا يَثْبُتَ الخِيارُ لِلْمُشْتَرِى ، لم يَصِحَّ الشَّرْطُ لذلكَ . وهل يَفْسُدُ البَيْعُ بهذا الشَّرْطِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِناءً على الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ فى البَيْعِ .

فصل : ويُعْتَبَرُ لِصِحَّةِ العَقْدِ الرُّؤْيَةُ من البائِعِ والمُشْتَرِى / جميعًا ، وإن قُلْنا بِصِحَّةِ البَيْعِ مع عَدَمِ الرُّؤْيَةِ ، فباعَ ما لم يَرَهُ ، فله الخِيارُ عند الرُّؤْيَةِ ، وإن لم يَرَهُ المُشْتَرِى أيْضًا ، فَلِكُلٍّ واحِدٍ منهما الخِيارُ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : [14]لا خِيارَ له[14] ؛ لحديثِ عُثْمانَ وطَلْحَةَ ، ولأنَّنا لو جَعَلْنا له الخِيارَ لَثَبَتَ لِتَوَهُّمِ الزِّيادَةِ ، والزِّيادَةُ فى المَبِيعِ لا تُثْبِتُ الخِيارَ . وكذلك لو باعَ شَيْئًا على أنه مَعِيبٌ ، فبَانَ غيرَ مَعِيبٍ ، لم يَثْبُتْ له الخِيارُ . ولنا ، أنَّه جاهِلٌ بِصِفَةِ المَعْقُودِ عليه فأشْبَهَ المُشْتَرِىَ ، فأمَّا الخَبَرُ ، فإنَّه قولُ جُبَيْرٍ وطَلْحَةَ ، وقد خالفَهُما عُثْمانُ ، وقَوْلُه أوْلَى ؛ لأنَّ البَيْعَ يُعْتَبَرُ فيه الرِّضَى منهما ، فتُعْتَبَرُ الرُّؤْيَةُ التى هى مَظِنَّةُ الرِّضَى منهما .

ظ ٤/ ١٥٠

فصل : وإذا وَصَفَ المَبِيعَ لِلْمُشْتَرِى ، فذَكَرَ له مِن صِفاتِه ما يَكْفِى فى صِحَّةِ السَّلَمِ ، صَحَّ بَيْعُه فى ظاهِرِ المذهبِ . وهو قولُ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . وعن أحمدَ ، لا يَصِحُّ حتى يَراهُ ؛ لأنَّ الصِّفَةَ لا تَحْصُلُ بها مَعْرِفَةُ المَبِيعِ ، فلم يَصِحَّ البَيْعُ بها كالذى لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه . ولنا ، أنَّه بَيْعٌ بالصِّفَةِ[15] ، فَصَحَّ كالسَّلَمِ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّه لا تَحْصُلُ به [16]مَعْرِفَةُ المَبِيعِ[16] ، فإنَّها تَحْصُلُ بالصِّفاتِ الظَّاهِرَةِ التى يَخْتَلِفُ بها الثَّمَنُ ظاهِرًا ، وهذا يَكْفِى ؛ بدَلِيلِ أنه يَكْفِى فى السَّلَمِ ، وأنَّه لا يُعْتَبَرُ[17] فى الرُّؤْيَةِ الاطِّلاعُ على الصِّفاتِ الخَفِيَّةِ ، وأمَّا ما لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه ، فلا يَصِحُّ بَيْعُه

(١٤ - ١٤) فى : م « ليس له الخيار » .
(١٥) سقط من : الأصل .
(١٦ - ١٦) فى : الأصل « المعرفة » .
(١٧) فى : الأصل « يصير » .

بِالصِّفَةِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ ضَبْطُهُ بها . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه متى وَجَدَهُ على الصِّفَةِ ، لم يَكُنْ له الفَسْخُ . وبهذا قال مُحَمَّدُ بنُ سِيرِينَ ، وأيوبُ ، ومالكٌ ، والعَنْبَرِىُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابْنُ المُنْذِرِ . وقال الثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، وأصْحابُهُ : له الخِيارُ بكُلِّ حالٍ ؛ لأنَّه يُسَمَّى بَيْعَ[18] خِيارِ الرُّؤْيَةِ ، ولأنَّ الرُّؤْيَةَ من تَمام العَقْدِ ، فأشْبَه غيرَ المَوْصُوفِ . ولأصْحابِ الشَّافِعِىِّ وَجْهانِ كالمَذْهَبَيْنِ . ولنا ، أنَّه سَلَّمَ له المَعْقُودَ عليه بصِفاتِه ، فلم يكنْ له الخِيارُ كالمُسْلَمِ فيه ، ولأنَّه مَبِيعٌ مَوْصُوفٌ ، فلم يَكُنْ لِلْعاقِدِ فيه الخِيارُ فى جَمِيعِ الأحْوالِ ، كالسَّلَمِ . وقَوْلُهم : إنَّه يُسَمَّى بَيْعَ خِيارِ الرُّؤْيَةِ . لا نَعْرِفُ صِحَّتَهُ ، فإن ثَبَتَ ، فيحْتَمِلُ أن يُسَمِّيَهُ من يَرَى ثُبُوتَ الخِيارِ ، ولا يَحْتَجُّ به على غَيْرِه ، فأمَّا إن وَجَدَهُ بخِلافِ الصِّفَةِ فله الخِيارُ ، ويُسَمَّى خِيارَ / الخُلْفِ فى الصِّفَةِ ؛ لأنَّه وَجَدَ المَوْصُوفَ بخِلافِ الصِّفَةِ ، فلم يَلْزَمْهُ كالسَّلَمِ . وإن اخْتلَفا ، فقال البائِعُ : لم تَخْتَلِف الصِّفَةُ[19] . وقال المُشْتَرِى : قد اخْتَلَفَتْ . فالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّ الأصْلَ بَراءَةُ ذِمَّتِه من الثَّمَنِ ، فلا يَلْزَمُه ، ما لم يُقِرَّ به ، أو يَثْبُتَ بِبَيِّنَةٍ أو ما يَقُومُ مَقامَها .

١٥١/٤ و

فصل : والبَيْعُ بالصِّفَةِ نَوْعانِ ؛ أحَدُهما ، بَيْعُ عَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ ، مِثْل أنْ يَقولَ : بِعْتُكَ عَبْدِىَ التُّرْكِىَّ . ويَذْكُرُ سائِرَ صِفاتِه ، فهذا يَنْفَسِخُ العَقْدُ عليه بِرَدِّهِ على البائِعِ ، وتَلَفِه قبلَ قَبْضِه ؛ لِكَوْنِ المَعْقُودِ عليه مُعَيَّنًا ، فَيَزُولُ العَقْدُ بزَوالِ مَحِلِّه ، ويَجُوزُ التَّفَرُّقُ قبل قَبْضِ ثَمَنِه ، وقَبْضِه ، كَبَيْعِ الحَاضِرِ . الثانى ، بَيْعُ مَوْصُوفٍ غيرُ مُعَيَّنٍ ، مِثْلُ أنْ يقولَ : بِعْتُكَ عَبْدًا تُرْكِيًّا ، ثم يَسْتَقْصِى صِفاتِ السَّلَمِ ، فهذا فى مَعْنَى السَّلَمِ ، فمتى سَلَّمَ إليه عَبْدًا ، على غيرِ ما وَصَفَ ، فَرَدَّهُ ، أو على ما وَصَفَ ، فَأَبْدَلَه ، لم يَفْسُدِ العَقْدُ ؛ لأنَّ العَقْدَ لم يَقَعْ على غيرِ هذا ، فلم يَنْفَسِخ العَقْدُ بِرَدِّه ،

---

(١٨) فى : م « بيع » .

(١٩) فى الأصل : « صفته » .

كما لو سَلَّمَ[٢٠] إليه فى السَّلَمِ غيرَ ما وَصَفَ له ، فَرَدَّه . ولا يجُوزُ التَّفرُّقُ عن مَجْلِسِ العَقْدِ قبلَ قَبْضِ المَبِيعِ ، أو قَبْضِ ثَمَنِه . وهذا قَوْلُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه بَيْعٌ فى الذِّمَّةِ ، فلم يَجُزِ التَّفَرُّقُ فيه قبل [٢١]قَبْضِ أحَدِ[٢١] العِوَضَيْنِ ، كالسَّلَمِ . وقال القاضِى : يجُوزُ التَّفَرُّقُ فيه قبلَ القَبْضِ ؛ لأنَّه بَيْعٌ حالٌّ ، فجازَ التَّفَرُّقُ فيه قبلَ القَبْضِ ، كبَيْعِ العَيْنِ .

فصل : إذا رَأَيا المَبِيعَ ، ثم عَقَدَا البَيْعَ بعد ذلك بِزَمَنٍ لا تَتَغَيَّرُ العَيْنُ فيه ، جازَ فى قَوْلِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . وحُكِىَ عن أحْمَدَ رِوايَةٌ أخرَى ، لا يَجُوزُ حتى يَرَياها حالَةَ العَقْدِ . وحُكِىَ ذلك عن الحَكَمِ ، وحَمَّادٍ ؛ لأنَّ[٢٢] ما كان شَرْطًا فى صِحَّةِ العَقْدِ ، يَجِبُ أنْ يكونَ مَوْجُودًا حالَ العَقْدِ ، كالشَّهادَةِ فى النِّكاحِ . ولنا ، أنَّه مَعْلُومٌ عِنْدَهما ، أشْبَهَ ما لو شاهداه حالَ[٢٣] العَقْدِ ، والشَّرْطُ إنَّما هو العِلْمُ ، وإنما الرُّؤْيَةُ طَرِيقٌ لِلْعِلْمِ ، ولهذا اكْتُفِىَ بالصِّفَةِ المُحَصِّلَةِ لِلْعِلْمِ ، والشَّهادَةُ فى النِّكاحِ تُرادُ لِحِلِّ[٢٤] العَقْدِ والاسْتِيثاقِ عليه ، فلهذا اشْتُرِطَتْ حالَ العَقْدِ . ويُقَرِّرُ ما ذَكَرْناه ما لو رَأَيا دارًا ، وَوَقَفا فى بَيْتٍ منها ، أو أرْضًا ، ووَقَفا فى طَرَفِها[٢٥] ، وتَبايَعاها ، صَحَّ بلا خِلافٍ مع عَدَمِ المُشاهَدَةِ لِلْكُلِّ / فى الحالِ . ولو كانتِ الرُّؤْيَةُ المَشْرُوطَةُ لِلْبَيْعِ مَشْرُوطَةً حالَ العَقْدِ لَاشْتُرِطَ رُؤْيَةُ جَمِيعِهِ ، ومَتَى وَجَدَ المَبِيعَ بحالِه ، لم يَتَغَيَّرْ ، لَزِمَ البَيْعُ ، وإنْ كان ناقِصًا ثَبَتَ له الخِيارُ ؛ لأنَّ ذلك كَحُدُوثِ العَيْبِ . وإن اخْتَلَفا فى التَّغَيُّرِ ، فالقَوْلُ قولُ المشترِى مع يَمِينِه ؛ لأنَّه يَلْزَمُه الثَّمَنُ ، فلا يَلْزَمُه ما لَمْ يَعْتَرِفْ به . فأمَّا إنْ عُقِدَ البَيْعُ بعدَ رُؤْيَةِ المَبِيعِ بِمُدَّةٍ يَتَحَقَّقُ فيها

١٥١/٤ ظ

---

(٢٠) فى الأصل : « أسلم » .

(٢١ – ٢١) فى الأصل : « أخذ » .

(٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٣) فى م : « حالة » .

(٢٤) فى الأصل : « ليحمل » .

(٢٥) فى م : « طريقها » .

فَسادُ المَبِيعِ ، لم يَصِحّ البَيْعُ ؛ لأنَّه مما لا يَصِحُّ بَيْعُه ، وإنْ لم يَتَغَيَّر فيها ، لم يَصِحَّ بَيْعُه ؛ لأنَّهِ مَجْهُولٌ . وكذلِك إنْ كان الظَّاهِرُ تَغَيُّره . فأمَّا إنْ كان يَحْتَمِلُ التَّغَيُّرَ وعَدَمَه ، وليس الظَّاهِرُ تَغَيُّره ، صَحَّ بَيْعُه ؛ لأنَّ الأصْلَ السَّلامَةُ ، ولم يُعارِضْه ظاهِرٌ ، فَصَحَّ بَيْعُه ، كما لو كانتِ الغَيْبَةُ يَسِيرَةً ، وهذا ظاهِرُ مذهبِ الشَّافِعِىِّ .

فصل : ويَثْبُتُ الخِيارُ فى البَيْعِ لِلْغَبْنِ فى مَواضِعَ ؛ أحدها ، تَلَقِّى الرُّكْبانِ ، إذا تَلَقَّاهُمْ فاشْتَرَى منهم وباعَهُمْ وغَبَنَهُمْ . الثانى ، بَيْعُ النَّجْشِ . ويُذْكَرانِ فى مَوضِعِهما[٢٦] . الثالث ، المُسْتَرْسِلُ إذا غُبِنَ غَبْنًا يَخْرُجُ عن العادَةِ ، فله الخِيارُ بين الفَسْخِ والإمْضاءِ . وبهذا قال مالِكٌ ، وقال ابنُ أبِى مُوسَى ، وقد قِيلَ : قد لَزِمَه البيعُ ولَيْسَ له فَسْخُه . وهذا مذهبُ أبِى حَنِيفَةَ ، والشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ نُقْصانَ قِيمَةِ السِّلْعَةِ مع سَلامَتِها لا يَمْنَعُ لُزُومَ العَقْدِ ، كَبَيْعِ غيرِ المُسْتَرْسِلِ ، وكالغَبْنِ اليَسِيرِ . ولنا ، أنَّه غَبْنٌ حَصَلَ لِجَهْلِه بِالمَبِيعِ ، فأثْبَتَ الخِيارَ ، كالغَبْنِ فى تَلَقِّى الرُّكْبان ، فأمَّا غيرُ المُسْتَرسِلِ ، فإنَّه دَخَلَ على بَصِيرَةٍ بِالغَبْنِ ، فهو كالعالِمِ بِالعَيْبِ ، وكذا لو اسْتَعْجَلَ ، فَجهِلَ ما لو تَثَبَّتَ لَعَلِمَه ، لم يَكُنْ له خِيارٌ ؛ لأنَّه انْبَنَى على تَقْصِيرِه وتَفْرِيطِه . والمُسْتَرْسِلُ هو الجاهِلُ بِقِيمَةِ السِّلْعَةِ ، ولا يُحْسِنُ المُبايَعَةَ . قال أحْمدُ : المُسْتَرْسِلُ ، الذى لا يُحْسِنُ أنْ[٢٧] يُماكِسَ . وفى لَفْظٍ ، الذى لا يُماكِسُ . فكَأنَّه اسْتَرْسَلَ إلى البائِعِ ، فأخَذَ ما أعْطاه من غيرِ مُماكَسَةٍ ، ولا مَعْرِفَةٍ بِغَبْنِه . فأمَّا العَالِمُ بذلك ، والذى لو تَوَقَّفَ لَعَرَفَ ، إذا اسْتَعْجَلَ فى الحالِ فَغُبِنَ ، فلا خِيارَ لهما . ولا تَحْدِيدَ لِلْغَبْنِ فى المَنْصُوصِ عن أحمدَ ، وحَدَّه أبو بَكْرٍ فى « التَّنبِيهِ » ، وابنُ أبِى مُوسَى / فى « الإرْشَادِ » بالثُّلُثِ . وهو قَوْلُ مالِكٍ ؛ لأنَّ الثُّلُثَ كَثِيرٌ ؛ ١٥٢/٤ و

---

(٢٦) فى م : « مواضعهما » .

(٢٧) سقط من : الأصل .

بِدَلِيلِ قولِ النبيِّ ﷺ : « والثُّلُثُ كَثِيرٌ »[28] . وقيل : بالسُّدُسِ ، وقِيلَ : ما لا يَتغابَنُ النَّاسُ به في العادَةِ ؛ لأنَّ ما لا يَرِدُ الشَّرْعُ به[29] يُرْجَعُ فيه إلى العُرْفِ .

فصل : وإذا وَقَعَ البَيْعُ على غيرِ مُتَعَيِّنٍ[30] ، كَقَفِيزٍ[31] من صُبْرَةٍ[32] ، ورِطْلِ زَيْتٍ من دَنٍّ ، فَمُقْتَضَى قَوْلِ الخِرَقِيِّ ، إذا تَفَرَّقَا من غيرِ فَسْخٍ ، لم يَكُنْ لأَحَدِهِما رَدُّه ، إلَّا بِعَيْبٍ أو خِيارٍ ؛ لأنَّ البَيْعَ هٰهنا يَلْزَمُ بالتَّفَرُّقِ ، سَواءٌ تَقابَضا أو لم يَتَقابَضا . وقال القاضي : البيعُ لا يَلْزَمُ إلَّا بالقَبْضِ ، كالمَكِيلِ والمَوْزُونِ . وهذا تَصْرِيحٌ بأنَّه لا يَلْزَمُ قبلَ قَبْضِه . وذَكَرَ في مَوْضِعٍ آخَرَ ، من اشْتَرَى قَفِيزَيْنِ من صُبْرَتَيْنِ ، فَتَلِفَتْ إحْداهُما قَبلَ القَبْضِ ، بَطَلَ العَقْدُ في التَّالِفِ دون الباقِي ، روايَةً واحِدَةً ، ولا خِيارَ لِلْبائِعِ . وهذا يَدُلُّ على اللُّزومِ في حَقِّ البائِعِ قبلَ القَبْضِ ، فإنَّه لو كان جائِزًا كان له الخِيارُ ، سَواءٌ تَلِفَتْ إحْداهُما أو لم تَتْلَفْ ، وَوَجْهُ الجَوازِ ، أنَّه مَبِيعٌ لا يَمْلِكُ بَيْعَه ، ولا التَّصَرُّفَ فيه ، فكان البَيْعُ فيه جائِزًا كما قبلَ التَّفَرُّقِ ، ولأنَّه لو تَلِفَ لَكان من ضَمانِ

---

(28) أخرجه البخارى ، فى : باب رثى النبى ﷺ سعيد بن خولة ، من كتاب الجنائز ، وفى : باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس ، وباب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا ، وفى : باب قول النبى ﷺ اللهم أمض لأصحابى هجرتهم ... ، من كتاب مناقب الأنصار ، وفى : باب فضل النفقة على الأهل ... ، من كتاب النفقات ، وفى : باب وضع اليد على المريض ، وباب قول المريض إنى وجع أو وا رأساه أو اشتد بى الوجع ، من كتاب المرضى ، وفى : باب الدعاء برفع الوباء والوجع ، من كتاب الدعوات ، وفى : باب ميراث البنات ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٢/١٠٣ ، ٤/٣ ، ٤ ، ٥/٨٧ ، ٧/١٥٣ ، ١٥٥ ، ٨/٩٩ ، ١٨٧ . ومسلم ، فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم ٣/١٢٥٠ ، ١٢٥٢ ، ١٢٥٣ . وأبو داود ، فى : باب ما جاء فيما يجوز للموصى فى ماله ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ٢/١٠١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الوصية بالثلث والربع ، من أبواب الجنائز ، وفى باب ما جاء فى الوصية بالثلث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٤/١٩٧ ، ١٩٨ ، ٨/٢٦٨ ، ٢٦٩ . والنسائى ، فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٦/٢٠١ . وابن ماجه ، فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٢/٩٠٤ . والإمام مالك ، فى : باب الوصية بالثلث لا تتعدى ، من كتاب الوصية . الموطأ ٢/٧٦٣ .

(29) فى م : « بتحديده » .

(30) فى م : « معين » .

(31) القفيز : مكيال يكال به ، يعادل حاليا ستة عشر كيلو جراما .

(32) الصبرة : الكومة من الطعام .

البائِعِ . ووجْهُ الأوَّلِ ، قَوْلُ النَّبِىِّ ﷺ : « وإنْ تَفرَّقَا بَعْدَ أَنْ تَبَايَعَا ، ولَمْ يَتْرُكْ أَحَدُهُمَا البَيْعَ ، فَقَدْ وَجَبَ البَيْعُ »[٣٣] . وما ذَكَرْناهُ لِلْقَوْلِ الآخَرِ يَنْتَقِضُ بِبَيْعِ ما تَقَدَّمَتْ رُؤْيَتُه ، وبَيْعِ المَوْصُوفِ ، والسَّلَمِ ، فإنَّ ذلك لَازِم مع ما ذَكَرْناه ، وكذلك سائِرُ المَبِيعِ على إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ .

٧٠٣ – مسألة ؛ قال : (والْخِيَارُ يَجُوزُ أكْثَرَ من ثَلَاثٍ)

يعنى ثَلاثَ لَيالٍ بِأَيَّامِها . وإنَّما ذَكَرَ اللَّيالِى ؛ لأنَّ التَّارِيخَ يَغْلِبُ فيه التَّأْنِيثُ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَوَاعَدْنَا مُوسَى ثَلَاثِينَ لَيْلَةً وأَتْمَمْنَاهَا بِعَشْرٍ فَتَمَّ مِيقَاتُ رَبِّه أَرْبَعِينَ لَيْلَةً ﴾[١] . وقال تعالى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وعَشْرًا ﴾[٢] . وفى حَدِيثِ حَبَّانَ[٣] : « وَلَكَ الخِيَارُ ثَلَاثًا »[٤] . ويَجوزُ اشْتِراطُ الخِيارِ ما يَتَّفِقانِ عليه من المُدَّةِ المَعْلُومَةِ ، قَلَّتْ مُدَّتُه أو كَثُرَتْ ، وبذلك قال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ ، وابنُ المُنْذِرِ . وحُكِىَ ذلك عن الحَسَنِ بن صالِحٍ ، والعَنْبَرِىِّ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، وإسْحَاقَ ، وأبِى ثَوْرٍ ، / وأجازَه مالِكٌ فيما زادَ على الثَّلاثِ بِقَدْرِ الحاجَةِ ، مثلُ قَرْيَةٍ لا يَصِلُ إليها فى أَقَلَّ من أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ ؛ لأنَّ الخِيارَ لِحاجَتِه ، فيُقَدَّرُ بها . وقال أبو حَنِيفَةَ ، والشَّافِعِىُّ : لا يجوزُ أكْثَر من ثَلاثٍ ؛ لما رُوِىَ عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ،

١٥٢/٤ ظ

---

(٣٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١٠ .

(١) سورة الأعراف ١٤٢ .

(٢) سورة البقرة ٢٣٤ .

(٣) حَبَّان بن منقذ بن عمرو ، الأنصارى الخزرجى ، له صحبة ، شهد أحدًا وما بعدها . توفى فى خلافة عثمان . أسد الغابة ٤٣٧/١ .

(٤) لفظ : « ثلاثا » سقط من الأصل .

والحديث أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الحجر على من يفسد ماله ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٩/٢ . والبيهقى ، فى : باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار فى البيع أكثر من ثلاثة أيام ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٧٣/٥ ، ٢٧٤ . والدارقطنى عن منقذ بن عمرو ، أبى حبان ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٥٦/٣ . والحاكم ، فى: باب لا عهدة فوق أربع ، من كتاب البيوع . المستدرك ٢٢/٢ .

أنَّه قال : ما أجِدُ لَكم أوْسَعَ ممَّا جَعَلَ رسولُ اللهِ ﷺ لحَبَّانَ ، جَعَلَ له الخِيارَ ثَلاثةَ أيَّامٍ ، إنْ رَضِىَ أخَذَ ، وإنْ سَخِطَ تَرَكَ . ولأنَّ الخِيارَ يُنافِى مُقْتَضَى البَيْعِ ؛ لأنَّه يَمْنَعُ المِلْكَ واللُّزُومَ وإطْلَاقَ التَّصَرُّفِ ، وإنَّما جازَ لِمَوْضِعِ الحاجَةِ ، فَجازَ القَلِيلُ منه ، وآخِرُ حَدِّ القِلَّةِ ثَلاثٌ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ فقَالَ تَمَتَّعُوا فى دَارِكُمْ ثَلاثَةَ أيَّامٍ ﴾[5] بعد قوله : ﴿ فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ ﴾[6] . ولنا ، أنَّه حَقٌّ يَعْتَمِدُ الشَّرْطَ ، فرُجِعَ فى تَقْدِيرِه إلى مُشْتَرِطِه ، كالأجَلِ ، أو نقولُ : مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بالعَقْدِ ، فكانت إلى تَقْدِيرِ المُتَعاقِدَيْنِ كالأجَلِ . ولا يَثْبُتُ عِنْدَنا ما رُوِىَ عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وقد رُوِىَ عن أنَسٍ خِلافُه . وتَقْدِيرُ مالِكٍ بالحاجَةِ لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ الحاجَةَ لا يُمْكِنُ رَبْطُ الحُكْمِ بها ، لِخَفائِها واخْتِلافِها ، وإنَّما يُرْبَطُ بِمَظِنَّتِها ، وهو الإقدامُ ، فإنَّه يَصْلُحُ[7] أنْ يَكُونَ ضابِطًا ، ورَبْطُ الحُكْمِ به فيما دُونَ الثَّلاثِ وفى السَّلَمِ والأجَلِ . وقَوْلُ الآخَرِينَ : إنَّه يُنافِى مُقْتَضَى البَيْعِ . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ مُقْتَضَى البَيْعِ نَقْلُ المِلْكِ ، والخِيارُ لا يُنافِيه ، وإنْ سلَّمنا ذلك ، لكن مَتَى خُولِفَ الأصْلُ لِمَعْنًى فى مَحلٍّ وَجَبَ تَعْدِيَةُ الحُكْمِ ؛ لِتَعَدِّى ذلك المَعْنَى .

فصل : ويَجوزُ شَرْطُ الخِيارِ لِكُلِّ واحِدٍ من المُتَعاقِدَيْنِ ، ويجوزُ لأحَدِهما دونَ الآخَرِ ، ويجوزُ أنْ يَشْرُطا لأحدِهِما مُدَّةً ولِلْآخَرِ دُونها ؛ لأنَّ ذلك حَقُّهما ، وإنَّما جُوِّزَ رِفْقًا بهما ، فَكَيْفَما تَراضَيا به جازَ . ولو اشْتَرَى شَيْئَيْنِ وشَرَطَ الخِيارَ فى أحَدِهِما بِعَيْنِه دون الآخَرِ ، صَحَّ ؛ لأنَّ أكْثَرَ ما فيه أنَّه جَمَعَ بين مَبِيعٍ فيه الخِيارُ ، ومَبِيعٍ لا خِيارَ فيه ، وذلك جائِزٌ ، بالقِياسِ على شِراءِ ما فيه شُفْعَةٌ ، وما[8] لا شُفْعَةَ فيه ، فإنَّه يَصِحُّ ، ويَحْصُلُ كُلُّ واحِدٍ منهما مَبِيعًا بِقِسْطِه من الثَّمَنِ . فإنْ فَسَخَ البَيْعَ مما

---

(٥) سورة هود ٦٥ .

(٦) سورة هود ٦٤ .

(٧) فى الأصل : « صلح » .

(٨) سقط من : الأصل .

فيه الخِيارُ ، رَجَعَ بِقِسْطِه من الثَّمَنِ ، كما لو وَجَدَ أحَدَهما مَعِيبًا فَرَدَّه ، وإنْ شَرَطَ الخِيارَ فى أحَدِهِما لا بِعَيْنِه ، أو شَرَطَ الخِيارَ لأحَدِ المُتَعاقِدَيْنِ / لا بِعَيْنِهِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ ، فأشْبَهَ ما لو اشْتَرَى واحِدًا من عَبْدَيْنِ لا بعَيْنِه . ولأنَّه يُفْضِى إلى التَّنازُعِ ، ورُبَّما طَلَبَ كُلُّ واحَدٍ من المُتَعاقِدَيْنِ ضِدَّ ما يَطْلُبُه الآخَرُ ، ويَدَّعِى أنَّنِى المُسْتَحِقُّ لِلْخِيارِ ، [9]أو يَطْلُبُ[9] مَنْ له الخِيارُ رَدَّ أحَدِ المَبِيعَيْنِ ، ويقولُ الآخَرُ : ليس هذا الذى شَرَطْتُ لكَ الخِيارَ فيه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ شَرْطُ الخِيارِ فى أحَدِ المَبِيعَيْنِ بِعَيْنِه ، كما لا يَصِحُّ بَيْعُه بِقِسْطِه من الثَّمَنِ ، وهذا الفَصْلُ كُلُّهُ مذهبُ الشَّافِعِىِّ .

١٥٣/٤ و

فصل : وإن شَرَطَ الخِيارَ لِأَجْنَبِىٍّ ، صَحَّ ، وكان اشْتِراطًا لِنَفْسِه ، وتَوْكِيلًا لِغَيْرِه ، وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، ومالِكٍ . ولِلشَّافِعِىِّ فيه[10] قَوْلَانِ ؛ أحدهما ، لا يَصِحُّ ، وكذلك قال القاضى : إذا أَطْلَقَ الخِيارَ لِفُلانٍ ، أو قال لِفُلانٍ دُونِى . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الخِيارَ شُرِعَ[11] لِتَحْصِيلِ الحَظِّ لكلِّ واحَدٍ من المُتَعاقِدَيْنِ بِنَظَرِهِ ، فلا يَكونُ لِمَنْ لا حَظَّ له فيه[12] . وإن جَعَلَ الأَجْنَبِىَّ وَكِيلًا ، صَحَّ . ولنا ، أنَّ الخِيارَ يَعْتَمِدُ شَرْطَهما ، ويُفَوَّضُ إليهما ، وقد أمْكَنَ تَصْحِيحُ شَرْطِهما ، وتَنْفِيذُ تَصَرُّفِهما على الوَجْهِ الذى ذَكَرْناهُ ، فلا يجوزُ إلْغاؤُه مع إمْكانِ تَصْحِيحِه ؛ لِقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « المُسْلِمُونَ على شُرُوطِهِمْ »[13] . فعلى هذا ، يكونُ لِكُلِّ واحِدٍ من المُشْتَرِطِ وَوَكِيلِه الذى شَرَطَ الخِيارَ له الفَسْخُ . ولو كان المَبِيعُ عَبْدًا ، فَشَرَطَ الخِيارَ له ، صَحَّ ، سواءٌ شَرَطَهُ له البائِعُ ، أو المُشْتَرِى ؛ لأنَّه بِمَنْزِلَةِ الأَجْنَبِىِّ . وإن كان العاقِدُ وَكِيلًا ، فشَرَطَ الخِيارَ لِنَفْسِه ، صَحَّ ، فإنَّ النَّظَرَ فى تَحْصِيلِ الحَظِّ مُفَوَّضٌ

(٩ - ٩) فى الأصل : « ويطلب » .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) فى م : « شرط » .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٠ .

إليه . وإن شَرَطَهُ لِلْمَالِكِ[١٤] ، صَحَّ ؛ لأنَّه هو المالِكُ ، والحَظُّ له . وإن شَرَطَهُ لأَجْنَبِيٍّ ، لم يَصِحّ ؛ لأنَّه لَيس له أن يُوَكِّلَ غيرَه ، ويَحْتَمِلُ الجوازَ ، بِناءً على الرِّوايَةِ التى تقولُ : لِلْوَكيلِ التَّوْكيلُ .

فصل : ولو قال : بِعْتُكَ على أن أَسْتَأْمِرَ فُلَانًا . وحَدَّدَ ذلك بِوَقْتٍ مَعْلومٍ ، فهو خِيارٌ صَحيحٌ ، وله الفَسْخُ قبل أن يَسْتَأْمِرَه ؛ لأنَّا جَعَلْنَا ذلك كِنايَةً على الخِيارِ ، وهذا قَوْلُ بعضِ أصحابِ الشَّافِعِيِّ . وإن لم يَضْبِطْهُ بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، فهو خِيارٌ مَجْهُولٌ ، حُكْمُهُ حُكْمُه[١٥] .

فصل : وإن شَرَطَ الخِيارَ يَوْمًا أو ساعاتٍ مَعْلُومَةً ، اعْتُبِرَ ابْتِداءُ مُدَّةِ الخِيارِ من حينِ العَقْدِ فى أحَدِ / الوَجْهَيْنِ . والآخَرُ ، من حينِ التَّفَرُّقِ ؛ لأنَّ الخِيارَ ثابِتٌ فى المَجْلِسِ حُكْمًا ، فلا حاجَةَ إلى إثْباتِه بالشَّرْطِ . ولأنَّ حالَةَ المَجْلِسِ كحالَةِ العَقْدِ ، لأنَّ لهما فيه الزِّيادَةَ والنُّقْصانَ ، فكان كحالَةِ العَقْدِ فى ابْتِداءِ مُدَّةِ الخِيارِ بعد انْقِضائِه . والأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لأنَّها مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بالعَقْدِ ، فكان ابْتِداؤُها منه ، كالأَجَلِ . ولأنَّ الاشْتِراطَ سَبَبُ ثُبوتِ الخِيارِ ، فيَجِبُ أن يَتَعَقَّبَهُ حُكْمُه ، كالمِلْكِ فى البَيْعِ . ولأنَّنا لو جَعَلْنا ابْتِداءَه من حينِ التَّفَرُّقِ ، أدَّى إلى جَهالَتِه ؛ لأنَّنا لا نَعْلَمُ مَتَى يَتَفَرَّقانِ ، فلا نَعْلَمُ مَتَى ابْتِداؤُه ، ولا مَتَى انْتِهاؤُه . ولا يُمْنَعُ ثُبوتُ الحُكْمِ بِسَبَبَيْنِ ، كتَحْريمِ الوَطْءِ بالصِّيامِ والإِحْرامِ والظِّهارِ ، وعلى هذا ، لو شَرَطَا ابْتِداءَهُ من حينِ التَّفَرُّقِ ، لم يَصِحّ لذلك ، إلَّا على الرِّوايَةِ التى تَقُولُ بِصِحَّةِ الخِيارِ المَجْهولِ . وإن قُلْنا : ابْتِداؤُه من حينِ التَّفَرُّقِ . فشَرَطا ثُبوتَهُ من حينِ العَقْدِ ، صَحَّ ؛ لأنَّه مَعْلُومُ الابْتِداءِ والانْتِهاءِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّ الخِيارَ فى المَجْلِسِ يُغْنِى عن خِيارٍ آخَرَ ، فيَمْنَعُ ثُبوتَه ، والأَوَّلُ أَوْلَى . ومذهبُ الشَّافِعِيِّ فى هذا الفَصْلِ كُلِّه كما ذَكَرْنا .

١٥٣/٤ ظ

---

(١٤) فى الأصل : « للمال » .

(١٥) سقط من : م .

فصل : وإن شَرَطا الخِيارَ إلى اللَّيْلِ أو الغَدِ ، لم يَدْخُلِ اللَّيْلُ والغَدُ فى مُدَّةِ الخِيارِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . ويَتَخَرَّجُ أن يَدْخُلَ ، وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ « إلى » تُستَعْمَلُ بِمَعْنَى « مع » ، كقَوْلِهِ تعالى : ﴿ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ ﴾[16] ، ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْ ﴾[17] ، والخِيارُ ثابتٌ بِيَقِينٍ ، فلا نُزيلُه بِالشَّكِّ . ولنا ، أنَّ مَوْضوعَ « إلى » لِانْتِهاءِ الغايَةِ ، فلا يَدْخُلُ ما بَعْدَها فيما قَبْلَها ، كقَوْلِه سُبحانه : ﴿ ثُمَّ أَتِمُّواْ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ ﴾[18] . وكالأجَلِ . ولو قال : أنْتِ طالِقٌ من واحِدَةٍ إلى ثَلاثٍ . أو : له عَلَىَّ من درهمٍ إلى عَشَرَةٍ . لم يَدْخُلِ الدرهمُ العَاشِرُ ، والطَّلْقَةُ الثَّالِثَةُ ، وليس هٰهُنا شَكٌّ ؛ فإنَّ الأصْلَ حَمْلُ اللَّفْظِ على مَوْضُوعِهِ ، فكَأنَّ الواضِعَ قال : مَتَى سَمِعْتُم هذه اللَّفْظَةَ ، فَافْهَموا منها انتِهاءَ الغايةِ . وفى المَواضِعِ التى استَشْهَدوا بها ، حُمِلَتْ على مَعْنَى « مع » بِدَليلٍ ، أو لِتَعَذُّرِ حَمْلِها على مَوْضُوعَها ، كما تُصَرَّفُ سائِرُ حُروفِ الصِّلاتِ عن مَوْضُوعِها لِدَليلٍ ، والأصْلُ حَمْلُها على مَوْضُوعِها . ولأنَّ الأصْلَ / لُزومُ العَقْدِ ، وإنَّما خُولِفَ فيما اقْتَضاهُ الشَّرطُ ، فَيَثْبُتُ ما يُتَيَقَّنُ منه ، وما شَكَكْنا فيه رَدَدْناهُ إلى الأصْلِ . (١٥٤/٤ و)

فصل : وإن شَرَطَ الخِيارَ إلى طُلُوعِ الشَّمْسِ ، أو إلى غُروبِها ، صَحَّ . وقال بَعْضُ أهْلِ العِلْمِ : لا يَصِحُّ تَوْقِيتُه بِطُلُوعِها ؛ لأنَّها قد تَتَغَيَّمُ ، فلا يُعْلَمُ وَقْتُ طُلُوعِها . ولنا ، أنَّه تَعْليقٌ لِلْخِيارِ بِأمْرٍ ظاهِرٍ مَعْلُومٍ ، فيَصِحُّ[19] ، كَتَعْليقِه بِغُروبِها . وطُلوعُ الشَّمْسِ ، بُروزُها من الأُفُقِ ، كما أنَّ غروبَها سُقوطُ القُرْصِ . ولذلك لو عَلَّقَ طَلاقَ امْرَأتِه ، أو عِتْقَ عَبْدِهِ ، بِطُلُوعِ الشَّمْسِ ، وَقَعَ بِبُروزِها من الأُفُقِ . وإن عَرَضَ غَيْمٌ يَمْنَعُ المَعْرِفَةَ بِطُلُوعِها ، فَالخِيارُ ثابتٌ حتى يَتَيَقَّنَ طُلُوعَها ، كما لو عَلَّقَهُ بِغُروبِها ، فمَنَعَ الغَيْمُ المَعْرِفَةَ بِوَقْتِه . ولو جَعَلَ الخِيارَ إلى طُلوعِ

---

(١٦) سور المائدة ٦ .

(١٧) سورة النساء ٢ .

(١٨) سورة البقرة ١٨٧ .

(١٩) فى م : « فصح » .

الشَّمْسِ من تَحْتِ السَّحابِ ، أو إلى غَيْبَتِها تَحْتَه ، كان خِيارًا مَجْهولًا ، لا يَصِحُّ فى الصَّحيحِ من المَذْهَبِ .

فصل : وإذا شَرَطا الخِيارَ أَبَدًا ، أو مَتَى شِئْنا ، أو قال أَحَدُهُما : وَلِىَ الخِيارُ . و لم يَذْكُرْ مُدَّتَهُ ، أو شَرَطاهُ إلى مُدَّةٍ مَجْهولَةٍ ، كقُدومِ زَيْدٍ ، أو هُبوبِ ريحٍ ، أو نُزولِ مَطَرٍ ، أو مُشاوَرَةِ إنْسانٍ ، ونحوِ ذلك ، لم يَصِحَّ فى الصَّحيحِ من المذهبِ . وهذا اخْتِيارُ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ ، ومذهبُ الشَّافِعِىِّ . وعن أحمدَ ، أنَّه يَصِحُّ ، وهما على خِيارِهما أبدًا ، أو يَقْطَعاهُ ، أو تَنْتَهِى مُدَّتُه إن كان مَشْرُوطًا إلى مُدَّةٍ . وهو قولُ ابنِ شُبْرُمَةَ ؛ لِقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « المُسْلِمُونَ على شُرُوطِهِمْ »[20] . وقال مالِكٌ : يَصِحُّ ، وتُضْرَبُ لهما مُدَّةٌ يُخْتَبَرُ المَبيعُ فى مِثْلِها فى العادَةِ ؛ لأنَّ ذلك مُقَدَّرٌ فى العادَةِ ، فإذا أُطْلَقا ، حُمِلَ عليه . وقال أبو حنيفةَ : إن أَسْقَطا الشَّرْطَ قبلَ مُضِىِّ الثَّلاثِ ، أو حَذَفا الزَّائِدَ عليها وبَيَّنا مُدَّتَهُ ، صَحَّ ؛ لأنَّهما حَذَفا المُفْسِدَ قبل اتِّصالِه بالعَقْدِ ، فوَجَبَ أن يَصِحَّ ، كما لو لم يَشْرُطاهُ . ولنا ، أنَّها مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بالعَقْدِ ، فلا تَجوزُ مع الجَهالَةِ ، كالأَجَلِ . ولأنَّ اشْتِراطَ الخِيارِ أبدًا يَقْتَضِى المَنْعَ من التَّصَرُّفِ على الأَبَدِ ، وذلك يُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، فلم يَصِحّ ، كما لو قال : بِعْتُكَ بِشَرْطِ أن لا تَتَصَرَّفَ . وقَوْلُ مَالِكٍ : إنه يُرَدُّ إلى العادَةِ . لا يَصِحُّ ، فإنَّه لا عادَةَ فى الخِيارِ يُرْجَعُ إليها . واشْتِراطُه مع الجَهالَةِ / [21]نادِرٌ . وقولُ أبِى حنيفةَ لا يَصِحُّ ، فإنَّ المُفْسِدَ هو الشَّرْطُ ، وهو مُقْتَرِنٌ بالعَقْدِ . ولأنَّ العَقْدَ[21] لا يَخْلُو من أنْ يَكُونَ صَحِيحًا ، أو فَاسِدًا ، فإن كان صَحِيحًا مع الشَّرْطِ ، لم يَفْسُدْ بِوُجودِ ما شَرَطاهُ فيه ، وإن كان فَاسِدًا ، لم يَنْقَلِبْ صَحِيحًا ، كما لو باعَ درهمًا بِدرهمينِ ، ثم حَذَفَ أَحَدَهما . وعلى قَوْلِنا : الشَّرْطُ فاسِدٌ . هل يَفْسُدُ به البَيْعُ ؟ على رِوايَتَيْنِ ؛ إحداهما ، يَفْسُدُ ، وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ قارَنَهُ شَرْطٌ فاسِدٌ ، فأَفْسَدَهُ ، كَنِكاحِ

١٥٤/٤ ظ

---

(٢٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٠ .

(٢١ – ٢١) سقط من : الأصل .

الشِّغارِ[٢٢] ، والمُحَلِّلِ . ولأنَّ البائِعَ إنَّما رَضِىَ بِبَذْلِه بهذا الثَّمَنِ ، مع الخِيَارِ فى[٢٣] استِرْجاعِه ، والمُشْتَرِى إنَّما رَضِىَ بِبَذْلِ هذا الثَّمَنِ فيه ، مع الخِيارِ فى فَسْخِه ، فلو صَحَّحْنَاهُ لأَزَلْنا مِلْكَ كُلِّ واحِدٍ منهما عنه بغَيْرِ رِضاهُ ، وأَلْزَمْناهُ ما لم يَرْضَ بِه . ولأنَّ الشَّرْطَ يَأْخُذُ قِسْطًا من الثَّمَنِ ، فإذا حَذَفْناهُ وَجَبَ رَدُّ ما سَقَطَ من الثَّمَنِ من أَجْلِه ، وذلك مَجْهُولٌ ، فيَكُونُ الثَّمَنُ مَجْهولًا ، فَيَفْسُدُ العَقْدُ . والثانية ، لا يَفْسُدُ العَقْدُ به ، وهو قَوْلُ ابنِ أَبِى لَيْلَى ؛ لِحَدِيثِ بَرِيرَةَ[٢٤] . ولأنَّ العَقْدَ قد تَمَّ بأَرْكانِه ، والشَّرْطُ زائِدٌ ، فإذا فَسَدَ وزالَ ، سَقَطَ الفاسِدُ ، وبَقِىَ العَقْدُ بِرُكْنَيْهِ ، فَصَحَّ[٢٥] ، كما لو لم يَشْتَرِطْ .

فصل : وإن شَرَطَهُ إلى الحَصادِ ، أو الجَذَاذِ ، احْتَمَلَ أن يَكُونَ كَتَعْليقِه على قُدومِ زَيْدٍ ؛ لأنَّ ذلك يَخْتَلِفُ ، ويَتَقَدَّمُ ، ويَتَأَخَّرُ ، فكان مَجْهُولًا . واحْتَمَلَ أن يَصِحَّ ؛ لأنَّ ذلك يَتَقَارَبُ فى العادَةِ ، ولا يَكْثُرُ تَفَاوُتُه . وإن شَرَطَه إلى العَطاءِ ، وأرادَ وَقْتَ العَطاءِ ، وكان مَعْلُومًا ، صَحَّ ، كما لو شَرَطَه إلى يَوْمٍ مَعْلُومٍ . وإن أرادَ نَفْسَ العَطاءِ ، فهو مَجْهُولٌ ؛ لأنَّه يَخْتَلِفُ .

فصل : وإن شَرَطَ الخِيَارَ شَهْرًا ، يَوْمٌ يَثْبُتُ ، ويَوْمٌ لا يَثْبُتُ . فقال ابنُ عَقِيلٍ : يَصِحُّ فى اليَوْمِ الأَوَّلِ ؛ لإمْكَانِه ، ويَبْطُلُ فيما بَعْدَه ؛ لأنَّه إذا لَزِمَ فى اليَوْمِ الثَّانِى لم يَعُدْ إلى الجَوازِ . ويَحْتَمِلُ بُطْلانَ الشَّرْطِ كلِّه ؛ لأنَّه شَرْطٌ واحِدٌ ، تَناوَلَ الخِيَارَ

---

(٢٢) الشغار : أن تزوج الرجل امرأة على أن يزوجك أخرى بغير مهر ، صداق كل واحدة بضع الأخرى .

(٢٣) فى الأصل : « من » .

(٢٤) يعنى حديث بريرة حين دخلت على عائشة تستعينها فى كتابتها ، واشتراط أهلها الولاء . وقد أخرجه البخارى ، فى : باب المكاتب ، وفى : باب الشروط فى البيع ، من كتاب الشروط . صحيح البخارى ١٩٨/٣ – ٢٠٠ ، ٢٤٧ ، ٢٤٨ . ومسلم ، فى : باب بيان أن الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤١/٢ – ١١٤٤ . وأبو داود ، فى : باب فى بيع المكاتب إذا فسخت المكاتبة ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٣٤٦/٢ ، ٣٤٧ . والترمذى ، فى : آخر أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٢٨١/٨ ، ٢٨٢ . والنسائى ، فى : باب بيع المكاتب ، وباب المكاتب يباع قبل أن يقضى من كتابته شيئا ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٨/٧ ، ٢٦٩ .

(٢٥) سقط من : م .

فى أيَّامٍ ، فإذا فَسَدَ فى بَعْضِه ، فَسَدَ جَمِيعُه ، كما لو شَرَطَ فى[٢٦] الحَصَادِ .

فصل : ويَجوزُ لِمَنْ له الخِيارُ الفَسْخُ من غيرِ حُضُورِ صَاحِبِه ولا رِضَاه . وبهذا قال مَالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ ، وزُفَرُ . وقال أبو حنيفةَ : ليس له الفَسْخُ إلَّا بِحَضْرَةِ صَاحِبِه ؛ لأنَّ العَقْدَ تَعَلَّقَ به حَقُّ كُلِّ وَاحِدٍ من المُتَعاقِدَيْنِ ، فلم يَمْلِكْ / أحَدُهما فَسْخَه بغَيرِ حُضُورِ صَاحِبِه ، كالوَدِيعَةِ . ولنا ، أنَّه رَفْعُ عَقْدٍ لا يَفْتَقِرُ إلى رِضَا صَاحِبِه ، فلم يَفْتَقِرْ إلى حُضُورِهِ ، كالطَّلاقِ . وما قَالُوهُ يَنْتَقِضُ بالطَّلاقِ ، والوَدِيعَةُ لا حَقَّ لِلْمُودِعِ فيها ، ويَصِحُّ فَسْخُها مع غَيْبَتِه .

١٥٥/٤ و

فصل : وإذا انْقَضَتْ مُدَّةُ الخِيَارِ ، ولم يَفْسَخْ أحَدُهُمَا ، بَطَلَ الخِيَارُ ، ولَزِمَ العَقْدُ . وهذا قَوْلُ أبِى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ . وقال القاضى : لا يَلْزَمُ بِمُضِىِّ المُدَّةِ . وهو قولُ مَالِكٍ ؛ لأنَّ مُدَّةَ الخِيارِ ضُرِبَتْ لِحَقٍّ له ، لا لِحَقٍّ عليه ، فلم يَلْزَمِ الحُكْمُ بنَفْسِ مُرُورِ الزَّمَانِ ، كمُضِىِّ الأَجَلِ فى حَقِّ المَوْلَى . ولنا ، أنها مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بالعَقْدِ ، فبطَلَتْ بِانْقِضائِها كالأجَلِ . ولأنَّ الحُكْمَ ببَقائِها يُفْضِى إلى بَقاءِ الخِيارِ فى غيرِ المُدَّةِ التى شَرَطَاهُ فيها . والشَّرطُ سَبَبُ الخِيَارِ ، فلا يجوزُ أن يَثْبُتَ به ما لم يتناوَلْه ، ولأنَّه حُكْمٌ مُؤَقَّتٌ ، ففاتَ بِفَواتِ وَقْتِه ، كسائِرِ المُؤَقَّتاتِ ، ولأنَّ البَيْعَ يَقْتَضِى اللُّزُومَ ، وإنَّما تخلَّفَ[٢٧] مُوجِبُه بِالشَّرطِ ، فَفِيمَا لم يتناوَلْهُ الشَّرطُ يَجِبُ أن يَثْبُتَ مُوجِبُه ؛ لِزَوَالِ المُعارِضِ ، كما لو أمْضَاهُ[٢٨] . وأما المَوْلَى ، فإنَّ المُدَّةَ إنَّما ضُرِبَتْ لِاسْتِحْقَاقِ المُطَالَبَةِ ، وهى تُسْتَحَقُّ بِمُضِىِّ المُدَّةِ . والحُكْمُ فى هذه المسألَةِ ظاهِرٌ .

فصل : فإنْ قالَ أحَدُ المُتَعاقِدَيْنِ عندَ العَقْدِ : لا خِلَابَةَ[٢٩] . فقال أحمدُ : أرَى

---

(٢٦) فى م : « إلى » .

(٢٧) فى م : « يخلف » .

(٢٨) فى م : « أمضوه » .

(٢٩) الخلابة : المخادعة .

ذلك جائِزًا ، وله الخِيارُ إن كان خَلَبَهُ ، وإن لم يَكُنْ خَلَبَهُ فلَيْسَ له خِيَارٌ . وذلك لأن رَجُلًا ذَكَرَ لِلنبيِّ ﷺ أنه يُخْدَعُ فى البُيُوعِ ، فقال : « إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ : لَا خِلَابَةَ » . مُتَّفَقٌ عليه[٣٠] . ولِمُسْلِمٍ : « مَنْ بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ » . فكان إذا بَايَعَ يقولُ : لا خِلَابَةَ . ويَحْتَمِلُ أن لا يكونَ له خِيارٌ[٣١] . ويكونُ هذا الخَبَرُ خَاصًّا لِحَبَّانَ ؛ لأنه رُوِىَ أنه عَاشَ إلى زَمَنِ عُثْمَانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فكان يُبَايِعُ النّاسَ ، ثم يُخَاصِمُهمْ ، فيَمُرُّ بهم بعضُ الصَّحابَةِ ، فيقولُ لِمن يُخاصِمُه : وَيْحَكَ ، إنَّ النَّبِىَّ ﷺ جَعَلَ له الخِيارَ ثَلَاثًا[٣٢] . وهذا يَدُلُّ على اخْتِصَاصِه بهذا ؛ لأنه لو كان لِلنّاسِ عَامَّةً لقال لِمن يُخاصِمُه : إن النَّبِىَّ ﷺ جَعَلَ الخِيارَ لمن قال : لا خِلَابَةَ . وقال بعضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِىِّ : إن كانا عَالِمَيْنِ أنَّ ذلك عِبارَةٌ عن خِيَارِ الثَّلاثِ ، ثَبَتَ ، وإن عَلِمَ أحَدُهما / دونَ الآخَرِ ، فعلى وَجْهَيْنِ ؛ لأنه رُوِىَ أنَّ حَبَّانَ بن مُنْقِذ ابن عمْرو ، كان لا يزالُ يُغْبَنُ ، فأَتَى النَّبِىَّ ﷺ ، فذَكَرَ ذلك له ، فقال له : « إِذَا أَنْتَ بَايَعْتَ فَقُلْ : لَا خِلَابَةَ ، ثُمَّ أَنْتَ فِى كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيَالٍ ، فَإِنْ رَضِيتَ أَمْسَكْتَ ، وإِنْ سَخِطْتَ فَارْدُدْهَا عَلَى صَاحِبِهَا »[٣٢] . وما ثَبَتَ فى حَقِّ وَاحِدٍ من الصَّحَابَةِ يَثْبُتُ فى حَقِّ سَائِرِ النّاسِ ، ما لم يَقُمْ على تَخْصِيصِه دَلِيلٌ .

٤/١٥٥ ظ

---

(٣٠) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يكره من الخداع فى البيع ، من كتاب البيوع ، وفى : باب ما ينهى عن إضاعة المال ... ، من كتاب الاستقراض ، وفى : باب من رد أمر السفيه والضعيف العقل وإن لم يكن حجر عليه الإمام ... ، من كتاب الخصومات ، وفى : باب ما ينهى من الخداع فى البيع ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٨٥/٣ ، ٨٦ ، ١٥٧ ، ١٥٩ ، ٣١/٩ . ومسلم ، فى : باب من يخدع فى البيع ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٥/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يقول عند البيع لا خلابة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥٣/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من يخدع فى البيع ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٥٧/٥ . والنسائى ، فى : باب الخديعة فى البيع ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٢/٧ . وابن ماجه ، فى : باب الحجر على من يفسد ماله ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٨/٢ . والإمام مالك ، فى : باب جامع البيوع ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٨٥/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٧٢/٢ ، ٨٠ ، ١٢٩ ، ١٣٠ .

(٣١) فى م : « الخيار » .

(٣٢) تقدم تخريج حديثه فى صفحة ٣٨ .

ولنا ، أن هذا اللَّفظَ لا يَقْتَضِى الخِيارَ مُطْلَقًا ، ولا يَقْتَضِى تَقْيِيدَه بثَلاثٍ ، والأصْلُ اعْتِبَارُ اللَّفظِ فيما يَقْتَضِيه ، والخَبَرُ على الوَجْهِ الذى احْتَجُّوا به إنَّما رواه ابنُ مَاجَه مُرْسَلًا ، وهم لا يَرَوْنَ المُرْسَلَ حُجَّةً ، ثم لم يَقُولُوا بِالحَدِيثِ على وَجْهِه ، إنَّما قَالُوا به فى حَقِّ مَن يَعْلَمُ أنَّ مُقتضاهُ ثُبوتُ الخِيَارِ ثَلاثًا ، ولا يَعْلَمُ ذلك أحَدٌ ؛ لأنَّ اللَّفظَ لا يَقْتَضِيهِ ، فكَيْفَ يَعْلَمُ أن مُقْتَضاهُ ما ليس بِمُقْتَضَاه ، وعلى أنَّه إنَّما كان خَاصًّا لِحَبَّانَ ؛ بِدَلِيلِ ما رَوَيْنَاهُ ، ولأنه كان يُثْبِتُ له الرَّدَّ على من لم يَعْلَمْ مُقْتَضَاه .

فصل : إذا شَرَطَ الخِيَارَ حِيلَةً على الانْتِفَاعِ بِالقَرْضِ ، لِيَأْخُذَ غَلَّةَ المَبِيعِ ونَفْعَه فى مُدَّةِ انْتِفَاعِ المُقْتَرِضِ بالثَّمَنِ ، ثم يَرُدَّ المَبِيعَ بالخِيَارِ عندَ رَدِّ الثَّمَنِ ، فلا خَيْرَ[33] فيه ؛ لأنَّه من الحِيَلِ . ولا يَحِلُّ لآخِذِ الثَّمَنِ الانْتِفَاعُ به فى مُدَّةِ الخِيارِ ، ولا التَّصَرُّفُ فيه . قال الأثْرَمُ : سَمِعْتُ أبا عَبْدِ اللهِ يُسْأَلُ عن الرَّجُلِ يَشْتَرِى من الرَّجُلِ الشَّىْءَ ، ويقولُ : لك الخِيَارُ إلى كذا وكذا ، مثل العَقَارِ ؟ قال : هو جَائِزٌ إذا لم يَكُنْ حِيلَةً ؛ أرَادَ أن يُقْرِضَهُ ، فيأْخُذَ منه العَقَارَ ، فيَسْتَغِلَّهُ ، ويَجْعَلَ له فيه الخِيَارَ ، لِيَرْبَحَ فيما أقْرَضَه بهذه الحِيلَةِ . فإن لم يَكُنْ أرَادَ هذا ، فلا بَأْسَ . قِيلَ لأبِى عبدِ اللهِ : فإن أرَادَ إرْفَاقَه ، أرَادَ أن يُقْرِضَهُ مالًا يَخافُ أن يَذْهَبَ ، فاشْتَرَى منه شيئًا ، وجَعَلَ له الخِيَارَ ، ولم يُرِدِ الحِيلَةَ ؟ فقال أبو عبدِ اللهِ : هذا جَائِزٌ ، إلَّا أنَّه إذا مَاتَ انْقَطَعَ الخِيَارُ ، لم يكن لِوَرَثَتِه . [34]وقَوْلُ أحمدَ بِالجوازِ فى هذه المَسْأَلَةِ مَحْمُولٌ على المَبِيعِ الذى لا يُنْتَفَعُ به إلَّا بإتْلَافِه ، أو على أنَّ المُشْتَرِىَ لا ينتفِعُ بالمَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيَارِ ؛ لِئَلَّا يُفْضِىَ إلى أنَّ القَرْضَ جَرَّ مَنْفَعَةً[34] .

فصل : فإن قال : بِعْتُكَ على أنْ تَنْقُدَنِى الثَّمَنَ إلى ثَلاثٍ ، أو مُدَّةٍ معلومةٍ ، وإلا فلا بَيْعَ بيننا . فَالبَيْعُ صحيحٌ . نَصَّ عليه . وبه قال أبو حنيفةَ ، والثَّوْرِىُّ ، وإسْحَاقُ ، ومحمدُ بن الحَسَنِ . وبه قال / أبو ثَوْرٍ ، إذا كان الشَّرْطُ إلى ثَلاثٍ . وحُكِىَ مِثْلُ ١٥٦/٤ و

---

(٣٣) فى م : « خيار » .

(٣٤ - ٣٤) سقط من : الأصل .

قولِه عن ابنِ عمرَ . وقال مَالِكٌ : يجوزُ فى اليَوْمَيْنِ والثَّلاثَةِ ونَحْوِها ، وإن كان عِشْرِينَ لَيْلَةً فُسِخَ البَيْعُ . وقال الشَّافِعِىُّ ، وزُفَرُ : البَيْعُ فَاسِدٌ ؛ لأنَّه عَلَّقَ فَسْخَ البَيْعِ على غَرَرٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو عَلَّقَهُ بِقُدُومِ زيدٍ . ولنا ، أنَّ هذا يُرْوَى عن عمرَ ، رضى اللهُ عنه ، ولأنه عَلَّقَ رَفْعَ العَقْدِ بِأَمْرٍ يحدُثُ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فجازَ ، كما لو شَرَطَ الخِيَارَ ، ولأنه نوعُ بَيْعٍ ، فجازَ أن يَنْفَسِخَ بتأخيرِ القَبْضِ ، كَالصَّرْفِ ، ولأنَّ هذا بِمَعْنَى شَرْطِ الخِيَارِ ؛ لأنَّه كما يَحْتَاجُ إلى التَّرَوِّى فى البَيْعِ ، هل يُوَافِقُه أَوْ لا ؟ يَحْتَاجُ إلى التَّرَوِّى فى الثَّمَنِ ، هل يَصِيرُ مَنْقُودًا أَوْ لا ؟ فهما سِيَّانِ فى المَعْنَى ، مُتغايرانِ فى الصُّورَةِ ، إلَّا أنَّه فى الخيارِ يَحْتَاجُ إلى الفَسْخِ ، وههُنا يَنْفَسِخُ إذا لم يَنْقُدْ ؛ لأنه جَعَلَهُ كذلك .

فصل : والعُقُودُ على أربعَةِ أَضْرُبٍ[٣٥] ؛ أحدُها ، عَقْدٌ لَازِمٌ ، يُقْصَدُ منه العِوَضُ ، وهو البَيْعُ وما فى مَعْنَاه ، وهو نَوْعَانِ ؛ أحدُهما ، يَثْبُتُ فيه الخِيارانِ : خِيَارُ المَجْلِسِ ، وخِيَارُ الشَّرْطِ ، وهو البَيْعُ فيما لا يُشْتَرَطُ فيه القَبْضُ فى المَجْلِسِ ، والصُّلْحُ بمعنى البَيْعِ ، والهِبَةُ بِعِوَضٍ على إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، والإِجارَةُ فى الذِّمَّةِ ، نحو أن يقولَ : استأجرتُكَ لِتَخِيطَ لى هذا الثَّوْبَ ونحوه ، فهذا يَثْبُتُ فيه الخِيَارُ ، لأن الْخَبَرَ[٣٦] وَرَدَ فى البَيْعِ ، وهذه[٣٧] فى معناهُ . فأمَّا الإِجارَةُ المُعَيَّنَةُ ، فإن كانَتْ مُدَّتُها من حِينِ العَقْدِ ، دَخَلَها خِيَارُ المَجْلِسِ دونَ خِيَارِ الشَّرْطِ ؛ لأن دُخُولَه يُفْضِى إلى فَوْتِ بعضِ المَنافِعِ المَعْقُودِ عليها ، أو إلى اسْتِيفَائِها فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، وكِلَاهُما لا يجوزُ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وذَكَرَهُ القَاضِى مَرَّةً مِثْلَ هذا ، ومَرَّةً قالَ : يَثْبُتُ فيها الخِيارانِ قِيَاسًا على البَيْعِ . وقد ذَكَرْنَا ما يَقْتَضِى الفَرْقَ بينهما . وأما الشُّفْعَةُ ، فلا خِيَارَ فيها ؛ لأن المُشْتَرِىَ يُؤْخَذُ منه المَبِيعُ قَهْرًا ، والشَّفِيعُ

---

(٣٥) ذكر المصنف ستة أضرب كما سترى .

(٣٦) فى م : « الخيار » .

(٣٧) فى م : « وهذا » .

يَسْتَقِلُّ[٣٨] بِانْتِزاعِ المَبِيعِ من غيرِ رِضا صاحِبِه ، فأشْبَهَ فَسْخَ البَيْعِ بالرَّدِّ بالعَيْبِ ، ونحوه . ويَحْتَمِلُ أن يَثْبُتَ لِلشَّفِيعِ[٣٩] خِيارُ المَجْلِسِ ؛ لأنَّه قَبِلَ المَبِيعَ بِثَمَنِه ، فأشْبَهَ المُشْتَرِىَ . النوع الثانى ، ما يُشْتَرَطُ فيه القَبْضُ فى المَجْلِسِ ، كَالصَّرْفِ ، والسَّلَمِ ، وبَيْعِ مَالِ الرِّبَا / بِجِنْسِه ، فلا يَدْخُلُه خِيارُ الشَّرْطِ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً ؛ لأنَّ مَوْضُوعَها على أن لا يَبْقَى بينها عُلْقَةٌ بعد التَّفَرُّقِ ، بِدَلِيلِ اشْتِراطِ القَبْضِ ، وثُبُوتُ الخِيارِ يُبْقِى بينهما عُلَقًا[٤٠] ، ويَثْبُتُ فيها خِيارُ المَجْلِسِ فى الصَّحِيحِ من المَذْهَبِ ؛ لِعُمُومِ الخَبَرِ ، ولأن مَوْضُوعَهُ لِلنَّظَرِ فى الحَظِّ فى المُعاوَضَةِ ، وهو مَوْجُودٌ فيها . وعنه لا يَثْبُتُ[٤١] فيها الخِيارُ إلْحاقًا بِخِيارِ الشَّرْطِ . الضَّرْبُ الثَّانِى ، لازِمٌ ، لا يُقْصَدُ به العِوَضُ ، كَالنِّكَاحِ والخُلْعِ . فلا يَثْبُتُ فيهما خِيارٌ ؛ لأن الخِيارَ إنما يَثْبُتُ لِمَعْرِفَةِ الحَظِّ فى كَوْنِ العِوَضِ جائِزًا ، لما يَذْهَبُ من مَالِه . والعِوَضُ هٰهُنا ليس هو المَقْصُودَ ، وكذلك الوَقْفُ والهِبَةُ ، ولأن فى ثُبُوتِ الخِيارِ فى النِّكاحِ ضَرَرًا ذَكَرْناه قبلَ هذا . الضَّرْبُ الثَّالِثُ ، لازِمٌ من أحَدِ طَرَفَيْهِ دُونَ الآخَرِ ، كَالرَّهْنِ ، لَازِمٌ فى حَقِّ الرَّاهِنِ ، جَائِزٌ فى حَقِّ المُرْتَهِنِ ، فلا يَثْبُتُ فيه خِيارٌ ؛ لأنَّ المُرْتَهِنَ يَسْتَغْنِى بِالجوازِ فى حَقِّه عن ثُبُوتِ خِيارٍ آخَرَ ، والرَّاهِنُ يَسْتَغْنِى بِثُبُوتِ الخِيَارِ له إلى أن يَقْبِضَ ، وكذلك الضَّامِنُ والكَفِيلُ ، لا خِيارَ لهما ؛ لأنَّهما دَخَلَا مُتَطَوِّعَيْنِ رَاضِيَيْنِ بِالغَبْنِ ، وكذلك المُكَاتَبُ . الضَّرْبُ الرَّابِعُ ، عَقْدٌ جَائِزٌ من الطَّرَفَيْنِ ، كَالشَّرِكَةِ ، والمُضارَبَةِ ، والجَعالَةِ ، والوَكَالَةِ ، والوَدِيعَةِ ، والوَصِيَّةِ ، فهذه لا يَثْبُتُ فيها خِيارٌ ، اسْتِغْنَاءً بِجَوَازِها ، والتَّمَكُّنِ من فَسْخِهَا بِأَصْلِ وَضْعِهَا . الضَّرْبُ الخَامِسُ ، وهو مُتَرَدِّدٌ بين الجَوازِ واللُّزُومِ ، كَالمُسَاقَاةِ[٤٢] ،

١٥٦/٤ ظ

---

(٣٨) فى م : « مستقل » .

(٣٩) فى الأصل : « للمبيع » .

(٤٠) فى م : « علقة » .

(٤١) فى الأصل : « يجب » .

(٤٢) فى م : « كالمسافات » .

والمُزَارَعَةِ ، والظَّاهِرُ أنهما جائزانِ ، فلا يَدْخُلُهُما خِيَارٌ . وقد قِيلَ : هما لَازِمَانِ ، ففِى ثُبُوتِ الخِيَارِ فيهما وَجْهانِ ، والسَّبْقِ والرَّمْيِ ، والظَّاهِرُ أنهما جَعالَةٌ ، فلا يَثْبُتُ فيهما خِيَارٌ . وقِيلَ : هما إجارَةٌ ، وقد مَضَى ذِكْرُها . الضَّرْبُ السَّادِسُ ، لَازِمٌ يَسْتَقِلُّ به أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ ، كالحَوَالَةِ ، والأَخْذِ بالشُّفْعَةِ ، فلا خِيَارَ فيهما ؛ لأَنَّ مَنْ لا يُعتبرُ رِضاهُ لا خِيَارَ له . وإذا لم يَثْبُتْ فى أَحَدِ طَرَفَيْهِ لم يَثْبُتْ فى الآخَرِ ، كسَائِرِ العُقُودِ . ويَحتَمِلُ أن يَثْبُتَ الخِيَارُ لِلمُحِيلِ والشَّفِيعِ ؛ لأنها مُعاوَضَةٌ يُقْصَدُ فيها العِوَضُ ، فَأَشْبَهَتْ سائرَ البَيْعِ .

/ بابُ الرِّبا والصَّرْف

١٥٧/٤ و

الرِّبا في اللُّغَةِ : هو الزِّيادَةُ . قال اللهُ تَعالَى : ﴿ فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا ٱلْمَاءَ ٱهْتَزَّتْ وَرَبَتْ ﴾[1] . وقال : ﴿ أَن تَكُونَ أُمَّةٌ هِىَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ ﴾[2] . أى أكثَرُ عَدَدًا ، يُقالُ : أَرْبَى فُلانٌ على فُلانٍ ، إذا زادَ عليه . وهو فى الشَّرْعِ : الزِّيادَةُ فى أشْياءَ مَخْصُوصَةٍ . وهو مُحَرَّمٌ بالكِتابِ ، والسُّنَّةِ ، والإِجْماعِ ؛ أمَّا الكِتابُ ، فقولُ اللهِ تَعالَى : ﴿ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[3] . وما بَعْدَها مِن الآياتِ . وأمَّا السُّنَّةُ ، فَرُوِىَ عن النَّبىِّ ﷺ أنَّه قال : « اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُوبِقَاتِ » . قِيلَ : يا رسولَ اللهِ ما هى ؟ قال : « الشِّرْكُ باللهِ ، والسِّحْرُ ، وقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِى حَرَّمَ اللهُ إلَّا بِالْحَقِّ ، وأَكْلُ الرِّبَا ، وأَكْلُ مَالِ الْيَتِيمِ ، والتَّوَلِّى يَوْمَ الزَّحْفِ ، وقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ الْغَافِلَاتِ » . ورُوِىَ عن النَّبىِّ ﷺ أنَّه لَعَنَ آكِلَ الرِّبَا ، ومُوكِلَه ، وشَاهِدَيْه ، وكاتِبَه . مُتَّفَقٌ عليهما[4] فى أخْبارٍ سوى هذين

---

(١) سورة الحج ٥ .

(٢) سورة النحل ٩٢ .

(٣) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٤) الأول أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون فى بطونهم نارا وسيصلون سعيرا ﴾ ، من كتاب الوصايا . وباب الشرك والسحر من الموبقات ، من كتاب الطب . وباب رمى المحصنات ... ، من كتاب الحدود . صحيح البخارى ١٢/٤ ، ١٧٧/٧ ، ٢١٨/٨ . ومسلم ، فى : باب بيان الكبائر وأكبرها ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ٩٢/١ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى التشديد فى أكل مال اليتيم ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ١٠٤/٢ . والنسائى ، فى : باب اجتناب أكل مال اليتيم ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢١٥/٦ ، ٢١٦ .

والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب من لعن المصور ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى ٢١٧/٧ . ومسلم ، فى : باب لعن آكل الربا ومؤكله ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٩/٣ . =

كثيرةٍ[٥] ، وأجْمَعَتِ الأُمَّةُ على أنَّ الرِّبا مُحَرَّمٌ .

فصل : والرِّبا على ضَرْبَيْنِ : رِبا الفَضْلِ ، ورِبا النَّسِيئَة . وأَجْمَعَ أهلُ العلمِ على تَحْرِيمِهِما . وقد كان في رِبا الفضلِ اخْتِلافٌ بينَ الصَّحَابَةِ ؛ فحُكِيَ عن ابنِ عَبّاسٍ ، وأُسامَةَ بن زَيْدٍ ، وزَيْدِ بن أَرْقَمَ ، وابنِ الزُّبَيْرِ ، أنهم قالوا : إنّما الرِّبا في النَّسِيئَةِ . لقولِ النَّبيِّ ﷺ : « لَا رِبًا إِلَّا فِي النَّسِيئَةِ » . رواه البُخارِيُّ[٦] . والمَشْهُورُ مِن ذلك قولُ ابنِ عَبّاسٍ ، ثم إنّه رَجَعَ إلى قولِ الجماعَةِ ، رَوَى ذلك الأَثْرَمُ بإسْنادِه ، وقاله التِّرمِذِيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وغيرُهم . وقال سَعِيدٌ بإسنادِه ، عن أبي صالِحٍ ، قال : صَحِبْتُ ابنَ عَبّاسٍ حتى ماتَ ، فَواللهِ ما رَجَعَ عن الصَّرْفِ . وعن سعيدِ ابن جُبَيْرٍ ، قال : سَأَلْتُ ابنَ عَبّاسٍ قبلَ مَوْتِه بِعِشْرِينَ لَيْلَةً عن الصَّرْفِ ؟ فلم يَرَ به بَأْسًا ، وكان يَأْمُرُ به . والصَّحِيحُ قولُ الجُمْهُورِ ؛ لحَدِيثِ أبي سَعِيدٍ الخُدْرِيِّ أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ ، قال : « لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَلَا تُشِفُّوا[٧] بَعْضَها عَلَى بَعْضٍ ، وَلَا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بالْوَرِقِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَلَا تُشِفُّوا بَعْضَها عَلَى بَعْضٍ ، وَلَا تَبِيعُوا غَائِبًا بِنَاجِزٍ » . ورَوَى أبو سَعِيدٍ أيضًا ، قال : جاء

= كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى آكل الربا وموكله ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢١٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أكل الربا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٠٧ . والنسائى ، فى : باب الموتشمات وذكر الاختلاف على عبد الله بن مرة والشعبى فى هذا ، من كتاب الزينة . المجتبى ٨/١٢٧ . وابن ماجه ، فى : باب التغليظ فى الربا ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦٤ . والدارمى ، فى : باب فى لعن آكل الربا وموكله ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٤٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٨٣ ، ٨٨ ، ٩٣ ، ١٠٧ ، ١٢١ ، ١٣٣ ، ١٥٠ ، ١٥٨ ، ٣٩٣ ، ٣٩٤ ، ٤٠٢ ، ٤٠٩ ، ٤٥٣ .

(٥) فى الأصل : « كثير » .

(٦) فى : باب بيع الدينار بالدينار نساء ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/٩٨ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب بيع الطعام مثلا بمثل ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١٢١٧ ، ١٢١٨ . والنسائى ، فى : باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٤٧ . وابن ماجه ، فى : باب من قال لا ربا إلا فى النسيئة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٥٨ ، ٧٥٩ . والدارمى ، فى : باب لا ربا إلا فى النسيئة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٥٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٢٠٠ ، ٢٠٢ ، ٢٠٤ ، ٢٠٦ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ .

(٧) لا تُشِفُّوا : أى لا تفضلوا . والشِّف : الزيادة . ويطلق أيضا على النقصان ، فهو من الأضداد .

١٥٧/٤ ظ

بِلالٌ إلى النَّبىِّ ﷺ بتَمْرٍ بَرْنِىٍّ[٨] ، / فقال له النَّبىُّ ﷺ : « مِنْ أَيْنَ هَذَا يَا بِلَالُ ؟ » . قال : كان عِنْدَنا تَمْرٌ رَدِىءٌ ، فَبِعْتُ صَاعَيْنِ بِصَاعٍ ، لِيَطْعَمَ النَّبىُّ ﷺ ، فقال النَّبىُّ ﷺ : « أَوَّهْ ، عَيْنُ الرِّبَا ، [٩]عَيْنُ الرِّبَا[٩] ، لَا تَفْعَلْ ، وَلَكِنْ إنْ أَرَدْتَ أَنْ تَشْتَرِىَ فَبِعِ التَّمْرَ بِبَيْعٍ آخَرَ ، ثُمَّ اشْتَرِ بِهِ » . مُتَّفَقٌ عليهما[١٠] ، قال التِّرمِذِىُّ : على حَدِيثِ أبى سعيدٍ العَمَلُ عندَ أهلِ العلم مِن أصحابِ النَّبىِّ ﷺ وغَيْرِهِم . وقولُ النَّبىِّ ﷺ : « لَا رِبًا إلَّا فِى النَّسِيئَةِ » . مَحْمُولٌ على الجِنْسَيْنِ .

٧٠٤ – مسألة ؛ قال أبو القاسِمِ ، رَحِمَه اللهُ : (وَكُلُّ مَا كِيلَ أَوْ وُزِنَ مِنْ سَائِرِ الأَشْيَاءِ ، فَلَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِيهِ إذَا كَانَ جِنْسًا وَاحِدًا)

قوله : « مِنْ سَائِرِ الأَشْيَاءِ » . يَعْنِى من جَمِيعِها . وَضَعَ سَائِرَ مَوْضِعَ جَمِيعٍ تَجَوُّزًا ، ومَوْضُوعُها الأَصْلِىّ لِباقِى الشَّىْءِ ، وقد رُوِىَ عن النَّبىِّ ﷺ فى الرِّبا أحادِيثُ كَثِيرةٌ ، ومِن أَتَمِّها ما رَوَى عُبادَةُ بنُ الصَّامِتِ ، عن النَّبىِّ ﷺ أنه قال : « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالتَّمْرُ بالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، فَمَنْ

---

(٨) البَرْنِى : ضرب من التمر أصفر مُدَوَّر ، وهو أجود التمر ، واحدته بَرْنِيَّة . لسان العرب (ب ر ن) .

(٩ – ٩) سقط من : الأصل .

(١٠) الأول أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الفضة بالفضة ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٩٧/٣ . ومسلم ، فى : باب الربا ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٨/٣ ، ١٢٠٩ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الصرف ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٤٩/٥ ، ٢٥٠ . والنسائى ، فى : باب بيع الذهب بالذهب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٤/٧ ، ٢٤٥ . والإمام مالك ، فى : باب بيع الذهب بالفضة تبرا وعينا ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٣٢/٢ ، ٦٣٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٣ ، ٩ .

والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب إذا باع الوكيل شيئا فاسدا فبيعه مردود ، من كتاب الوكالة . صحيح البخارى ١٣٣/٣ . ومسلم ، فى : باب بيع الطعام مثلا بمثل ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٥/٣ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب بيع التمر بالتمر متفاضلا ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٩/٧ ، ٢٤٠ .

زَادَ أَوِ ازْدَادَ فَقَدْ أَرْبَى ، بِيعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَبِيعُوا الْبُرَّ بِالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَبِيعُوا الشَّعِيرَ بِالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ » . رواه مُسْلِمٌ[1] . فهذه الأعْيانُ المَنْصُوصُ علَيها يَثْبُتُ الرِّبا فيها بالنَّصِّ والإجماعِ . واخْتَلَفَ أهلُ العلمِ فيما سواها ، فحُكِيَ عن طَاوُسٍ وقَتادَةَ أنَّهما قصَرا الرِّبا عليها ، وقالا : لا يَجْرِى فى غيرِها . وبه قال دَاوُدُ ونُفَاةُ القِياسِ ، وقالوا : ما عدَاها على أصلِ الإباحَةِ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾[2] . واتَّفَقَ القائِلُونَ بالقِياسِ على أنّ ثُبوتَ الرِّبا فيها بعِلَّةٍ ، وأنَّه يَثْبُتُ فى كُلِّ ما وُجِدَتْ فيه عِلَّتُها ؛ لأنّ القِياسَ دَلِيلٌ شَرْعِيٌّ ، فيَجِبُ اسْتِخْراجُ عِلَّةِ هذا الحُكْمِ ، وإثباتُه فى كلِّ مَوْضِعٍ وُجِدَتْ عِلَّتُه فيه . وقولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ . يَقْتَضِى تَحْرِيمَ كُلِّ زِيادَةٍ ، إذ الرِّبا فى اللُّغَةِ الزِّيادَةُ ، إلّا ما أجْمَعْنا على تَخْصِيصِه . وهذا يُعارِضُ ما ذَكَرُوه . / ثم اتَّفَقَ أهلُ العلمِ على أنّ رِبا الفَضْلِ لا يَجْرِى إلّا فى الجِنْسِ الواحِدِ ، إلّا سعيدَ بن جُبَيْرٍ ، فإنّه قال : كُلُّ شَيْئَيْنِ يَتَقارَبُ الانْتِفاعُ بهما لا يجوزُ بَيْعُ أحَدِهما بالآخَرِ مُتَفَاضِلًا ، كالحِنْطَةِ بالشَّعِيرِ ، والتَّمْرِ بالزَّبِيبِ ، والذُّرَةِ بالدُّخْنِ ؛ لأنَّهما يَتَقارَبُ نَفْعُهُما ، فجَرَيا مَجْرَى نَوْعَىْ جِنْسٍ واحِدٍ . وهذا يُخالِفُ قولَ النَّبِيِّ ﷺ : « بِيعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُم يَدًا بِيَدٍ ، وَبِيعُوا الْبُرَّ بِالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ » . فلا يُعَوَّلُ عليه . ثم يَبْطُلُ بالذَّهَبِ بالفِضَّةِ ، فإنّه يَجُوزُ التَّفاضُلُ فيهما مع تَقارُبِهما . واتَّفَقَ المُعَلِّلُونَ على أنّ عِلَّةَ الذَّهَبِ والفِضَّةِ واحِدَةٌ ، وعلَّةَ الأعْيانِ الأربعةِ واحِدَةٌ ، ثم اخْتَلَفُوا فى عِلَّةِ كُلِّ واحِدٍ منهما ؛ فرُوِىَ عن أحمدَ فى ذلك ثلاثُ رِواياتٍ ، أشْهَرُهُنَّ أنّ عِلَّةَ الرِّبا فى الذَّهَبِ والفِضَّةِ

١٥٨/٤ و

---

(١) فى : باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٠/٣ ، ١٢١١ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٢/٢ ، ٢٢٣ . والنسائى ، فى : باب بيع الشعير بالشعير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٠/٧ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ . وابن ماجه ، فى : باب الصرف وما لا يجوز متفاضلا يدا بيد ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٧/٢ ، ٧٥٨ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن الصرف ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٥٩/٢ .

(٢) سورة البقرة ٢٧٥ .

كَوْنُه مَوْزُونَ جِنْسٍ ، وعِلَّةَ الأعْيانِ الأربعةِ مَكِيلُ جِنْسٍ . نَقَلَها عن أحمدَ الجماعةُ ، وذَكَرَها الخِرَقِيُّ ، وابنُ أبي مُوسَى ، وأكثرُ الأصْحابِ . وهو قولُ النَّخَعِيِّ ، والزُّهْرِيِّ ، والثَّوْرِيِّ ، وإسْحاقَ ، وأصْحابِ الرَّأْيِ . فعلى هذه الرِّوايَةِ يَجْرِى الرِّبا فى كُلِّ مَكِيلٍ ، أو مَوْزُونٍ بِجِنْسِه ، مَطْعُومًا كان أو غيرَ مَطْعُومٍ ، كالحُبُوبِ ، والأُشْنانِ ، والنُّورَةِ ، والقُطْنِ ، والصُّوفِ ، والكَتَّانِ ، والوَرْسِ ، والحِنَّاءِ ، والعُصْفُرِ ، والحَدِيدِ ، والنُّحاسِ ، ونحو ذلك . ولا يَجْرِى فى مَطْعُومٍ لا يُكالُ ولا يُوزَنُ ؛ لما رَوَى ابنُ عُمَرَ قال ، قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَا تَبِيعُوا الدِّينَارَ بِالدِّينَارَيْنِ ، وَلَا الدِّرْهَمَ بِالدِّرْهَمَيْنِ ، وَلَا الصَّاعَ بِالصَّاعَيْنِ ، فَإنِّى أَخَافُ عَلَيْكُمُ الرَّمَاءَ » . وهو الرِّبا ، فقامَ إليه رَجُلٌ فقال : يا رسولَ اللهِ ، أرَأَيْتَ الرَّجُلَ يَبِيعُ الفَرَسَ بالأفْراسِ ، والنَّجِيبَةَ بالإِبِلِ ؟ فقال : « لَا بَأْسَ إذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ » . رواه الإمامُ أحمدُ فى المُسْنَدِ[3] ، عن أبى جنابٍ ، عن أبيه ، عن ابنِ عُمَرَ . وعن أنسٍ ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « مَا وُزِنَ مِثْلًا بِمِثْلٍ إذَا كَانَ نَوْعًا واحِدًا ، وَمَا كِيلَ مِثْلًا بِمِثْلٍ إذَا كَانَ نَوْعًا وَاحِدًا » . رواه الدارَقُطْنِيُّ[4] ، ورواه عن ابن صاعِدٍ ، عن عبدِ اللهِ بن أحمدَ بن حَنْبَلٍ ، عن أحمدَ بن محمّدِ بن أيُّوبَ ، عن أبى بَكْرِ بن عَيَّاشٍ ، عن الرَّبِيعِ بن[5] صَبِيحٍ ، عن الحَسَنِ ، عن عُبادَةَ ، وأنسٍ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، وقال : لم يَرْوِهِ عن أبى بَكْرٍ هكذا / غيرُ مُحَمّدِ بن أحْمَدَ بن أيُّوبَ ، وخالَفَه غيرُه فرواه بلَفْظٍ آخَرَ . وعن عَمَّارٍ أنَّه قال : العبدُ خَيْرٌ مِن العَبْدَيْنِ ، والثَّوْبُ خَيْرٌ مِنَ الثَّوْبَيْنِ . فما كان يَدًا بِيَدٍ فلا بَأْسَ به ، إنّما الرِّبا فى النَّساءِ ، إلّا ما كِيلَ أو وُزِنَ . ولأنَّ قَضِيَّةَ البَيْعِ

١٥٨/٤ ظ

---

(٣) المسند ٢/١٠٩ .

وعزاه الهيثمى ، فى : مجمع الزوائد إلى الطبرانى . مجمع الزوائد ٤/١٠٥ .

(٤) فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣/١٨ .

(٥) فى النسخ : « عن » . والتصحيح من سنن الدارقطنى .

وهو الربيع بن صبيح السعدى أبو بكر ، ويقال أبو حفص البصرى ، مولى بنى سعد بن زيد مناة ، مات سنة مائة وستين بأرض السند . تهذيب التهذيب ٣/٢٤٧ ، ٢٤٨ .

المُساواةُ ، والمُؤَثِّرُ فى تَحْقِيقِها الكَيْلُ ، والوَزْنُ ، والجِنْسُ ، فإنَّ الوَزْنَ أو الكَيْلَ يُسَوِّى بينَهما صُورَةً ، والجِنْسُ يُسَوِّى بينَهما مَعْنًى ، فكانا عِلَّةً ، ووَجدْنَا الزِّيادَةَ فى الكَيْلِ مُحَرَّمَةً دونَ الزِّيادَةِ فى الطَّعْمِ ؛ بِدَلِيلِ بَيْعِ الثَّقِيلَةِ بالخَفِيفَةِ ، فإنَّه جائِزٌ إذا تساويا فى الكَيْلِ . والرِّوايَةُ الثّانيةُ ، أنّ العِلَّةَ فى الأثْمانِ الثَّمَنِيَّةُ ، وفيما عداها كَوْنُه مَطْعُومَ جِنْسٍ ، فيَخْتَصُّ بالمَطْعُوماتِ ، ويَخْرُجُ منه ما عداها ، قال أبو بَكْرٍ : رَوَى ذلك عن أحمدَ جماعةٌ ، ونحوَ هذا قال الشَّافِعِىُّ ، فإنّه قال : العِلَّةُ الطَّعْمُ ، والجِنْسُ شَرْطٌ . والعِلَّةُ فى الذَّهَبِ والفِضَّةِ جَوْهَرِيَّةُ الثَّمَنِيَّةِ غالِبًا ، فَيَخْتَصُّ بالذَّهَبِ والفِضَّةِ ؛ لما رَوَى مَعْمَرُ ابنُ عبدِ اللهِ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الطَّعامِ بالطَّعامِ إلّا مِثْلًا بمِثْلٍ . رواه مُسْلِمٌ[6] . ولأنَّ الطَّعْمَ وَصْفُ شَرَفٍ ، إذْ به قِوامُ الأبْدانِ ، والثَّمَنِيَّةُ وَصْفُ شَرَفٍ ، إذ بها قِوامُ الأموالِ ، فيَقْتَضِى التَّعْلِيلَ بهما ، ولأنَّه لو كانتِ العِلَّةُ فى الأثْمانِ الوَزْنَ لم يَجُزْ إسْلامُهما فى المَوْزُوناتِ ؛ لأنَّ أحَدَ وَصْفَىْ عِلَّةِ رِبا الفَضْلِ يَكْفِى فى تَحْرِيمِ النَّساءِ . والرِّوايَةُ الثّالثةُ ؛ العِلَّةُ فيما عدا الذَّهَبَ والفِضَّةَ كَوْنُه مَطْعُومَ جِنْسٍ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، فلا يَجْرِى الرِّبا فى مَطْعُومٍ لا يُكالُ ولا يُوزَنُ ، كالتُّفّاحِ والرُّمّانِ ، والخَوْخِ ، والبِطِّيخِ ، والكُمَّثْرَى ، والأُتْرُجِّ ، والسَّفَرْجَلِ ، والإجّاصِ ، والخِيارِ ، والجَوْزِ ، والبَيْضِ ، ولا فيما لَيْسَ بمَطْعُومٍ ، كالزَّعْفَرانِ ، والأُشْنانِ ، والحَدِيدِ ، والرَّصاصِ ، ونحوِه . ويُرْوَى ذلك عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، وهو قَدِيمُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ ؛ لِمَا رُوِىَ عن سَعِيدِ بن المُسَيَّبِ ، عن رسولِ اللهِ ﷺ أنّه قال : « لَا رِبًا إلَّا فِيمَا كِيلَ أوْ وُزِنَ ، مِمَّا يُؤْكَلُ أوْ يُشْرَبُ » . أخرجه الدّارَقُطْنِىُّ[7] ، وقال : الصَّحِيحُ أنّه مِن قولِ سعيدٍ ، ومَن رَفَعَه فقد وَهَمَ . ولأنَّ

---

(٦) فى : باب بيع الطعام مثلا بمثل ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١٢١٤

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٤٠٠ .

(٧) فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣/١٤ .

كما أخرجه الإمام مالك ، فى : باب بيع الذهب بالفضة تبرا وعينا ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٣٥ .

لكُلِّ واحِدٍ من هذه الأوْصافِ أثَرًا ، والحُكْمُ مَقْرونٌ بجَمِيعِها فى المَنْصُوصِ عليه ، / فلا يَجُوزُ حَذْفُه . ولأنَّ الكَيْلَ والوَزْنَ والجِنْسَ لا يَقْتَضِى وُجُوبَ المُماثَلَةِ ، وإنَّما أثَرُه فى تَحْقِيقِها[8] فى العِلَّةِ ما يَقْتَضِى ثُبُوتَ الحُكْمِ لا ما تَحَقَّقَ شَرْطُه ، والطَّعْمُ بمُجَرَّدِه لا تَتَحَقَّقُ المُماثَلَةُ به ؛ لِعَدَمِ المِعْيارِ الشَّرْعِىِّ فيه . وإنَّما تَجِبُ المُماثَلَةُ فى المِعْيارِ الشَّرْعِىِّ وهو الكَيْلُ ، والوَزْنُ ، ولهذا وَجَبَتِ المُساواةُ فى المَكِيلِ كَيْلًا ، وفى المَوْزُونِ وَزْنًا ، فوَجَبَ أن يكونَ الطَّعْمُ مُعْتَبَرًا فى المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، دُونَ غَيْرِهما . والأحادِيثُ الوارِدَةُ فى هذا الباب يَجِبُ الجَمْعُ بينَها ، وتَقْيِيدُ كُلِّ واحِدٍ منها بالآخَرِ ، فَنَهْىُ النَّبِىِّ ﷺ عن بَيْعِ الطَّعامِ إلَّا مِثْلًا بمِثْلٍ يَتَقَيَّدُ بما فيه مِعْيارٌ شَرْعِىٌّ ، وهو الكَيْلُ والوَزْنُ ، ونَهْيُه عن بَيْعِ الصّاعِ بالصّاعَيْنِ يَتَقَيَّدُ بالمَطْعُومِ المَنْهِىِّ عن التَّفَاضُلِ فيه . وقال مالِكٌ : العِلَّةُ القُوتُ ، أو : ما يَصْلُحُ به القُوتُ مِن جِنْسٍ واحِدٍ من المُدَّخَراتِ . وقال رَبِيعَةُ : يَجْرِى الرِّبا فيما تَجِبُ فيه الزَّكاةُ دونَ غيره . وقال ابنُ سِيرِينَ : الجِنْسُ الواحِدُ عِلَّةٌ . وهذا القولُ لا يَصِحُّ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ فى بَيْعِ الفَرَسِ بالأفْراسِ ، والنَّجِيبَةِ بالإِبِلِ : « لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ »[9] . ورُوِىَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ابْتاعَ عَبْدًا بِعَبْدَيْنِ . رواه أبو دَاوُدَ ، والتِّرمِذِىُّ[10] ، وقال : هو حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وقَوْلُ مالِكٍ يَنْتَقِضُ بالحَطَبِ والإِدَامِ يُسْتَصْلَحُ به القُوتُ ولا رِبًا فيه عنده ، وتَعْلِيلُ رَبِيعَةَ يَنْعَكِسُ بالمِلْحِ ، والعَكْسُ لازِمٌ

١٥٩/٤ و

---

(٨) فى الأصل : « تحقيقهما » .

(٩) تقدم فى صفحة ٥٤ .

(١٠) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى ذلك إذا كان يدا بيد ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٢٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى شراء العبد بالعبدين ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٤٧ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب جواز بيع الحيوان بالحيوان من جنسه متفاضلا ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١٢٢٥ . والنسائى ، فى : باب بيعة المماليك ، من كتاب البيعة ، وفى : باب بيع الحيوان بالحيوان يدا بيد متفاضلا ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/١٣٥ ، ٢٥٧ . وابن ماجه ، فى : باب البيعة ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢/٩٥٨ .

عندَ اتِّحادِ العِلَّةِ . والحاصِلُ أنَّ ما اجْتَمَعَ فيه الكَيْلُ والوَزْنُ[11] والطَّعْمُ ، مِن جِنْسٍ واحِدٍ ، ففيه الرِّبا رِوايَةً واحِدَةً ، كالأُرْزِ ، والدُّخْنِ ، والذُّرَةِ ، والقُطْنِيَّاتِ[12] ، والدُّهْنِ ، والخَلِّ ، واللَّبَنِ ، واللَّحْمِ ، ونَحْوِه . وهذا قولُ أكْثَرِ أهلِ العلمِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : هذا قولُ عُلَماءِ الأمصارِ فى القَدِيمِ والحَدِيثِ ، سوى قَتادَةَ ، فإنه بَلَغَنِى أنّه شَذَّ عن جماعةِ النّاسِ ، فقَصَرَ تَحْرِيمَ التَّفاضُلِ على السِّتَّةِ الأشْياءِ . وما انْعَدَمَ فيه الكَيْلُ ، والوَزْنُ ، والطَّعْمُ ، واخْتَلَفَ جِنْسُه ، فلا رِبًا فيه ، رِوايَةً واحِدَةً . وهو قولُ أكْثَرِ أهلِ العلمِ ، كالتِّينِ ، والنَّوَى ، والقَتِّ ، والماءِ ، والطِّينِ الأرْمَنِىِّ ،/ فإنّه يُؤْكَلُ دَواءً ، فيكون مَوْزُونًا مأْكُولًا ، فهو إذًا مِن القِسْمِ الأوَّلِ ، وما عداه إنّما يُؤْكَلُ سَفَهًا ، فجَرَى مَجْرَى الرَّمْلِ والحَصَى . وقد رُوِىَ عن النَّبىِّ ﷺ أنه قال لِعائِشَةَ : « لَا تَأْكُلِى الطِّينَ ، فَإنَّهُ يُصَفِّرُ اللَّوْنَ »[13] . وما وُجِدَ فيه الطَّعْمُ وَحْدَه ، أو الكَيْلُ أو الوَزْنُ ، مِن جِنْسٍ واحِدٍ ، ففيه رِوايَتانِ ، واخْتَلَفَ أهلُ العلمِ فيه ، والأوْلَى إنْ شاءَ اللهُ تعالى حِلُّهُ ؛ إذ ليسَ فى تَحْرِيمِه دَلِيلٌ مَوْثُوقٌ به ، ولا مَعْنًى يُقَوِّى التَّمَسُّكَ به ، وهى مع ضَعْفِها يُعارِضُ بَعْضُها بَعْضًا ، فَوَجَبَ اطِّراحُها ، أو الجَمْعُ بينَها ، والرُّجُوعُ إلى أصلِ الحِلِّ الذى يَقْتَضِيهِ الكِتَابُ ، والسُّنَّةُ ، والاعْتِبارُ . ولا فَرْقَ فى المَطْعُوماتِ بينَ ما يُؤْكَلُ قُوتًا ، كالأُرْزِ ، والذُّرَةِ ، والدُّخْنِ ، أو أُدْمًا كالقُطْنِيَّاتِ ، واللَّبَنِ ، واللَّحْمِ ، أو تَفَكُّهًا كالثِّمارِ ، أو تداوِيًا كالإهْلِيلَجِ[14] ، والسَّقَمُونْيا[15] ، فإنَّ الكُلَّ فى بَابِ الرِّبا واحِدٌ .

159/4 ظ

فصل ، وقَوْلُه : ما كِيلَ ، أو وُزِنَ . أى : ما كان جِنْسُه مَكِيلًا ، أو مَوْزُونًا ، وإنْ لم يَتَأتَّ فيه كَيْلٌ ، ولا وَزْنٌ ، إمّا لِقِلَّتِه كالحَبَّةِ والحَبَّتَيْنِ ، والحَفْنَةِ

---

(11) فى الأصل : « أو الوزن » .

(12) القُطْنِيّات : هى الحبوب التى تُدّخر كالحِمَّص والعدس .

(13) لم نجده فيما بين أيدينا من كتب السنة . وقال ابن القيم ، فى زاد المعاد 337/4 : وكل حديث فى الطين فإنه لا يصح ، ولا أصل له عن رسول الله ﷺ .

(14) الإهليلج : ثمر ينفع من الخوانيق ويحفظ العقل ويزيل الصداع . القاموس .

(15) السقمونيا : نبات يستخرج من تجاويفه دواء مسهل . القاموس .

والحَفْنَتَيْنِ ، ومادُونَ الأُرْزَةِ مِن الذَّهَبِ والفِضَّةِ ، أو لكَثْرَتِه كالزُّبْرَةِ[١٦] العَظِيمَةِ ، فإنّه لا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِه بِبَعْضٍ ، إلّا مِثْلًا بمِثْلٍ ، ويَحْرُمُ التَّفاضُلُ فيه . وبهذا قال الثَّوْرِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإسْحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ . ورَخَّصَ أبو حنيفةَ فى بَيْعِ الحَفْنَةِ بالحَفْنَتَيْنِ ، والحَبَّةِ بالحَبَّتَيْنِ ، وسَائِرِ المَكِيلِ الذى لا يَتَأتَّى كَيْلُه ، ووافَقَ فى المَوْزُونِ ، واحْتَجَّ بأنّ العِلَّةَ الكَيْلُ ، ولم يُوجَدْ فى اليَسِيرِ . ولنا ، قولُ النَّبىِّ ﷺ : « التَّمْرُ بالتَّمْرِ مِثْلًا بمِثْلٍ ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ مِثْلًا بمِثْلٍ ، مَنْ زَادَ أَوِ ازْدَادَ فَقَدْ أَرْبَى »[١٧] . ولأنَّ ما جَرَى الرِّبا فى كَثِيرِه جَرَى فى قَلِيلِه ، كالمَوْزُونِ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ تَمْرَةٍ بتَمْرَةٍ ، ولا حَفْنَةٍ بحَفْنَةٍ . وهذا قولُ الثَّوْرِىِّ ، ولا أعْلَمُه مَنْصُوصًا عليه ، ولكِنّه قِياسُ قَوْلِهم ؛ لأنَّ ما أصْلُه الكَيْلُ لا تَجْرِى المُماثَلَةُ فى غيرِه .

فصل : فأمّا ما لا وَزْنَ للصِّناعَةِ فيه ، كَمَعْمُولِ الحَدِيدِ ، والرَّصاصِ ، والنُّحاسِ ، والقُطْنِ ، والكَتَّانِ ، والصُّوفِ ، والإبرِيسَمِ[١٨] ، فالمَنْصُوصُ عن أحمدَ فى الثِّيابِ والأكْسِيَةِ أنّه / لا يَجْرِى فيها الرِّبا ، فإنّه قال : لا بَأْسَ بالثَّوْبِ بالثَّوْبَيْنِ ، والكِساءِ بالكِساءَيْنِ . وهذا قولُ أكْثَرِ أهلِ العلمِ ، وقال : لا يُباعُ الفَلْسُ بالفَلْسَيْنِ ، ولا السِّكِّينُ بالسِّكِّينَيْنِ ، ولا إبْرَةٌ بإبْرَتَيْنِ ، أصْلُه الوَزْنُ . ونَقَلَ القاضى حُكْمَ إحْدَى المسألتين إلى الأُخْرَى ، فَجعَلَ فيهما جَمِيعًا رِوايَتَيْنِ ؛ إحداهما ، لا يَجْرِى فى الجَمِيعِ . وهو قولُ الثَّوْرِىِّ ، وأبى حنيفةَ ، وأكْثَرِ أهلِ العلمِ ؛ لأنّه ليس بمَوْزُونٍ ولا مَكِيلٍ ، وهذا هو الصَّحِيحُ . إذ لا مَعْنَى لثُبُوتِ الحُكْمِ مع انْتِفاءِ العِلَّةِ ، وعَدَمِ النَّصِّ[١٩] والإجْمَاعِ فيه . والثانية ، يَجْرِى الرِّبا فى الجَمِيعِ . اختارها ابنُ عَقِيلٍ ؛ لأنّ أصْلَه الوَزْنُ ، فلا يَخْرُجُ بالصِّناعَةِ عنه كالخُبْزِ ، وذَكَر أنّ اخْتِيارَ

١٦٠/٤ و

---

(١٦) الزُّبْرَة : القطعة من الحديد ، والجمع زُبَر . لسان العرب ، مادة (ز ب ر) .

(١٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤ .

(١٨) الإبرِيسَم : الحرير .

(١٩) فى م : « النقص » .

القاضى ؛ أنَّ ما كان يُقْصَدُ وَزْنُه بَعْدَ عملِه كالأسْطالِ[20] ففيه الرِّبا ، وما لا[21] فلا .

فصل : ويَجْرِى الرِّبا فى لَحْمِ الطَّيْرِ ، وعن أبى يوسفَ : لا يَجْرِى فيه ؛ لأنَّه يُباعُ بغيرِ وَزْنٍ . ولَنا ، أنه لَحْمٌ فجَرَى فيه الرِّبا ، كسَائِرِ اللُّحْمَانِ . وقولُه : لا يُوزَنُ . قلنا : هو مِن جِنْسِ ما يُوزَنُ ، ويُقْصَدُ ثِقَلُهُ ، وتَخْتَلِفُ قِيمَتُه بِثِقَلِه وخِفَّتِه ، فأشْبَهَ ما يُباعُ مِن الخُبْزِ بالعَدَدِ .

فصل : والجَيِّدُ والرَّدِىءُ ، والتِّبْرُ والمَضْرُوبُ ، والصَّحِيحُ والمَكْسُورُ ، سواءٌ فى جوازِ البَيْعِ مع التَّماثُلِ ، وتَحْرِيمِه مع التَّفاضُلِ . وهذا قولُ أكْثَرِ أهلِ العلمِ ، منهم ؛ أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ . وحُكِىَ عن مالِكٍ جوازُ بَيْعِ المَضْرُوبِ بقيمَتِه من جِنْسِه ، وأنْكَرَ أصحابُه ذلك ، ونَفَوْهُ عنه . وحَكَى بعضُ أصحابِنا عن أحمدَ رِوايَةً ، لا يجوزُ[22] بَيْعُ الصِّحاحِ بالمُكَسَّرةِ . ولأنَّ لِلصِّناعَةِ قِيمَةً ؛ بِدَلِيلِ حالةِ الإِتلافِ ، فيَصِيرُ كأنه ضَمَّ قِيمَةَ الصِّناعَةِ إلى الذَّهَبِ . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، والفِضَّةُ بالفِضَّةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ »[23] . وعن عُبادَةَ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ تِبْرُها وَعَيْنُها ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ تِبْرُها وَعَيْنُها » . رواه أبو داوُدَ[24] . ورَوَى مُسْلِمٌ[25] ، عن أبى الأشْعَثِ ، أنَّ مُعاوِيَةَ أمَرَ بِبَيْعِ آنِيَةٍ مِن فِضَّةٍ فى أُعْطِياتِ النّاسِ ، فَبَلَغَ عُبادَةَ فقال : إنِّى[26] سَمِعْتُ

---

(20) الأسْطال : جمع سَطْل ، وهو إناء من معدن كالمِرْجَل ، له علاقة كنصف الدائرة مركبة فى عروتين .

(21) فى الأصل : « وإلا » .

(22) فى الأصل : « أنه » .

(23) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤ .

(24) فى : باب فى الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٢٢ ، ٢٢٣ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب بيع الشعير بالشعير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٤٢ ، ٢٤٣ .

(25) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤ .

(26) سقط من : م .

رسولَ اللهِ ﷺ يَنْهَى عن بَيْعِ الذَّهَبِ بالذَّهَبِ ، والفِضَّةِ بالفِضَّةِ ، والبُرِّ بالبُرِّ ، والشَّعِيرِ بالشَّعِيرِ ، والمِلْحِ بالمِلْحِ ، إلَّا سواءً بسواءٍ ، عَيْنًا بعَيْنٍ ، فَمَن زادَ / أو ازدادَ فقد أَرْبَى . ورَوَى الأثْرَمُ[27] ، عن عَطَاءِ بن يَسارٍ ، أنّ مُعاوِيَةَ باعَ سِقايَةً مِن ذَهَبٍ أو وَرِقٍ بأكْثَرَ مِن وَزْنِها ، فقال أبو الدَّرْداءِ : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يَنْهَى عن مِثْلِ هذا إلَّا مِثْلًا بمِثْلٍ . ثم قَدِمَ أبو الدَّرْداءِ على عُمَرَ بن الخَطّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، فَذكَرَ له ذلك ، فكَتَبَ عُمَرُ إلى مُعاوِيَةَ ، لا تَبِعْ ذلك إلّا مِثْلًا بمِثْلٍ ، وَزْنًا بوَزْنٍ[28] . ولأنّهما تساويا فى الوَزْنِ ، فلا يُؤَثِّرُ اخْتِلافُهما فى القِيمَةِ ، كالجَيِّدِ والرَّدِىءِ . فأمّا إنْ قال لِصائِغٍ : صُغْ لى خاتَمًا وَزْنُه دِرْهَمٌ ، وأُعْطِيكَ مِثْلَ وَزْنِه ، وأُجْرَتَكَ دِرْهَمًا . فليس ذلك بِبَيْعِ دِرْهَمٍ بدِرْهَمَيْنِ . وقال أصحابُنا : للصّائِغِ أخْذُ الدِّرْهَمَيْنِ ؛ أحَدِهما فى مُقابَلَةِ الخاتَمِ ، والثّانى أُجْرَةً له .

ظ ١٦٠/٤

فصل : وكُلُّ ما حُرِّمَ فيه التَّفاضُلُ حُرِّمَ فيه النَّساءُ ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه . ويَحْرُمُ التَّفَرُّقُ قبلَ القَبْضِ ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « عَيْنًا بعَيْنٍ »[29] . وقولِه : « يَدًا بِيَدٍ »[30] . ولأنّ تَحْرِيمَ النَّساءِ آكَدُ ، ولذلك جَرَى فى الجِنْسَيْنِ المُخْتَلِفَيْنِ ، فإذا حُرِّمَ التَّفاضُلُ ، فَالنَّساءُ أَوْلَى بالتَّحْرِيمِ .

٧٠٥ – قال : (وَمَا كَانَ مِنْ جِنْسَيْنِ فَجَائِزٌ التَّفَاضُلُ فِيهِ يَدًا بِيَدٍ ، وَلَا يَجُوزُ نَسِيئَةً)

لا خِلافَ فى جَوازِ التَّفاضُلِ فى الجِنْسَيْنِ نَعْلَمُه ، إلّا عن سعيدِ بن جُبَيْرٍ أنّه قال :

---

(٢٧) وأخرجه النسائى ، فى : باب بيع الذهب بالذهب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٥/٧ . والبيهقى ، فى : باب تحريم التفاضل فى الجنس الواحد مما يجرى فيه الربا مع تحريم النساء ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٨٠/٥ . والإمام مالك ، فى : باب بيع الذهب بالفضة تبرا وعينا ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٣٤/٢ .

(٢٨) أخرجه الإمام مالك والبيهقى ، فى الموضع السابق .

(٢٩) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤ .

(٣٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤ .

ما يَتقارَبُ الانْتِفاعُ بهما لا يجوزُ التَّفاضُلُ فيهما . وهذا يَرُدُّه قولُ النَّبيِّ ﷺ : « بِيعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَبِيعُوا الْبُرَّ بِالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَبِيعُوا الشَّعِيرَ بِالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ »[٣١] . وفى لَفْظٍ : « إِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ » . رواه مُسْلِمٌ ، وأبو داوُدَ[٣٢] . ولأنّهما جِنْسانِ ، فجازَ التَّفاضُلُ فيهما ، كما لو تَباعَدَتْ مَنافِعُهما . ولا خلافَ فى إباحَةِ التَّفاضُلِ فى الذَّهَبِ بالفِضَّةِ ، مع تَقارُبِ مَنافِعِهما . فأمّا النَّساءُ ؛ فكُلُّ جِنْسَيْنِ يَجْرِى فيهما الرِّبا بِعِلَّةٍ واحِدَةٍ ، كالمَكِيلِ بالمَكِيلِ ، والمَوْزُونِ بالمَوْزُونِ ، والمَطْعُومِ بالمَطْعُومِ ، عِنْدَ مَن يُعَلِّلُ به ، فإنَّه يَحْرُمُ بَيْعُ أَحَدِهما بالآخَرِ نَساءً ، بغيرِ خلافٍ نَعْلَمُه ؛ وذلك لقولِه عليه السّلامُ : « فَإِذا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ » . وفى لَفْظٍ : « لَا بَأْسَ بِبَيْعِ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ والْفِضَّةُ أَكْثَرُهُمَا يَدًا بِيَدٍ ، وأَمَّا نَسِيئَةً فَلَا ، وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْبُرِّ بِالشَّعِيرِ / وَالشَّعِيرُ أَكْثَرُهُمَا يَدًا بِيَدٍ ، وَأَمَّا النَّسِيئَةُ فَلَا » . رواه أبو داوُدَ[٣٣] . إلّا أنْ يَكُونَ أَحَدُ العِوَضَيْنِ ثَمَنًا ، والآخَرُ مُثَمَّنًا ، فإنَّه يَجوزُ النَّساءُ بَيْنَهما بغير خلافٍ ؛ لأنّ الشَّرْعَ أَرْخَصَ فى السَّلَمِ ، والأصلُ فى رَأْسِ المالِ الدَّراهِمُ والدَّنانِيرُ ، فلو حُرِّمَ النَّساءُ هٰهُنا لَانْسَدَّ بابُ السَّلَمِ فى المَوْزُوناتِ فى الغالِبِ . فأمّا إنِ اخْتَلَفَتْ عِلَّتُهما كالمَكِيلِ بالمَوْزُونِ ، مِثْلُ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالبُرِّ ، ففيهما رِوَايَتانِ ؛ إحداهما ، يَحْرُمُ النَّساءُ فيهما ، وهو الذى ذَكَرَهُ الخِرَقِىُّ هٰهنا ؛ لأنّهما مَالانِ مِن أموالِ الرِّبا ، فَحَرُمَ النَّساءُ فيهما ، كالمَكِيلِ بالمَكِيلِ . والثانية ، يَجوزُ النَّساءُ فيهما . وهو قولُ النَّخَعِىِّ ؛ لأنّهما لم يَجْتَمِعا فى

١٦١/٤ و

---

(٣١) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤

(٣٢) أخرجه مسلم ، فى : باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١١/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٣/٢ .

كما أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٢٤/٣ .

(٣٣) فى : باب فى الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٢/٢ ، ٢٢٣ .

كما أخرجه النسائى ، فى باب بيع الشعير بالشعير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٢/٧ .

أَحَدِ وَصْفَىْ عِلَّةِ رِبا الفَضْلِ ، فجازَ النَّساءُ فيهما ، كالثِّيابِ بالحَيَوَانِ .

فصل : وإذا باعَ شَيْئًا من مالِ الرِّبا بغيرِ جِنْسِه ، وعِلَّةُ رِبا الفَضْلِ فيهما واحدةٌ ، لم يَجُزِ التَّفَرُّقُ قبل القَبْضِ ، فإن فَعَلا بَطَلَ العَقْدُ ، وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ فيهما كغيرِ أمْوالِ الرِّبا ، وكبَيْعِ ذلك بأحَدِ النَّقْدَيْنِ . ولَنا ، قَوْلُ النَّبِىِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ ، والفِضَّةُ بالفِضَّةِ ، والبُرُّ بالبُرِّ ، والشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ ، والتَّمْرُ بالتَّمْرِ ، والمِلْحُ بالمِلْحِ ، مِثْلًا بمِثْلٍ ، سَوَاءً بسَوَاءٍ ، يَدًا بِيَدٍ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ[٣٤] . وقال عليه السّلامُ : « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ »[٣٥] . ورَوَى مالِكُ بنُ أَوْسِ بن الْحَدَثانِ ، أنه الْتَمَسَ صَرْفًا بمائةِ دينارٍ . قال : فدعانِى طَلْحَةُ بنُ عُبَيْدِ اللهِ [٣٦]فتَراوَضْنا حتى اصْطَرَفَ[٣٦] مِنِّى ، فأَخَذَ الذهبَ[٣٧] يُقَلِّبُها فى يَدَيْهِ ، ثم قال : حتى يَأْتِىَ خازِنِى من الغابةِ . وعمرُ يَسْمَعُ ذلك ، فقال : لا واللهِ لا تُفارِقْهُ حتى تَأْخُذَ منه ، قال رسولُ اللهِ ﷺ : « الذَّهَبُ بالوَرِقِ رِبًا إلَّا هاءَ وهاءَ[٣٨] ، والبُرُّ بالبُرِّ رِبًا إلَّا هاءَ وهاءَ ، والتَّمْرُ بالتَّمْرِ رِبًا إلَّا هاءَ وهاءَ ، والشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ رِبًا إلَّا هاءَ وهاءَ » . مُتَّفَقٌ عليه[٣٩] . والمُرادُ

---

(٣٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤ .

(٣٥) تقدم تخريجه فى الصفحة السابقة .

(٣٦ - ٣٦) فى م : « فتراوضنا حتى اصطرق » .

والمعنى : أى تساومنا حتى صرفها منى ذهبا .

(٣٧) سقط من : م . وفى الأصل : « جاءنى » .

(٣٨) هاء وهاء : اسم فعل أمر بمعنى خذ . يقال : هاء درهما . أى خذ درهما .

(٣٩) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يذكر فى بيع الطعام والحكرة ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٨٩/٣ . ومسلم ، فى : باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٩/٣ ، ١٢١٠ . وأبو داود ، فى : باب فى الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٢/٢ . والنسائى فى : باب بيع التمر بالتمر متفاضلا ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٠/٧ . وابن ماجه ، فى : باب صرف الذهب بالورق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٩/٢ ، ٧٦٠ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الصرف ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٣٦/٢ ، ٦٣٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٤/١ ، ٣٥ ، ٤٥ .

به القَبْضُ ؛ بِدَلِيلِ أنَّ المُرادَ به ذلك فى الذَّهَبِ والفِضَّةِ ؛ ولهذا فَسَّرَهُ عُمَرُ به ، ولأنَّهما مَالانِ من أمْوالِ الرِّبا عِلَّتُهُما واحِدَةٌ ، فَحَرُمَ التَّفَرُّقُ فيهما قبلَ القَبْضِ كالذَّهَبِ بالفِضَّةِ . فأمَّا إنِ اخْتَلَفَتْ عِلَّتُهما ، كالمَكِيلِ بالمَوْزونِ عند مَنْ يُعَلِّلُ بهما ، فقال أبُو الخَطَّابِ : يَجُوزُ / التَّفَرُّقُ فيهما قبل القَبْضِ رِوايةً واحِدَةً ؛ لأنَّ عِلَّتَهُما مُخْتَلِفَةٌ ، فجازَ التَّفَرُّقُ قبل القَبْضِ ، كالثَّمَنِ بالمُثَمَّنِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، إلَّا أنَّه لا يُتَصَوَّرُ عنده ذلك إلَّا فى بَيْعِ الأثْمَانِ بغَيْرِها ، ويَحْتَمِلُ كلامُ الخِرَقِىِّ وجوبَ التَّقَابُضِ على كلِّ حالٍ ؛ لِقَوْلِه : « يَدًا بِيَدٍ »[40] .

١٦١/٤ ظ

٧٠٦ – مسألة ؛ قال : (وَمَا كَانَ مِمَّا لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ فَجَائِزٌ التَّفَاضُلُ فِيه يَدًا بِيَدٍ ، وَلَا يَجُوزُ نَسِيئَةً)

اخْتَلَفَتِ الرِّوايةُ فى تَحْرِيمِ النَّساءِ فى غيرِ المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، على أرْبَعِ رِواياتٍ ؛ إحْدَاهُنَّ ، لا يَحْرُمُ النَّساءُ فى شىءٍ من ذلك ، سواءٌ بِيعَ بِجِنْسِه أو بغَيْرِه ، مُتَساوِيًا أو مُتَفاضِلًا ، إلَّا على قَوْلِنا : إنَّ العِلَّةَ الطَّعْمُ . فَيَحْرُمُ النَّساءُ فى المَطْعُومِ ، ولا يَحْرُمُ فى غيرِه . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . واخْتارَ القاضى هذه الرِّوَايةَ ؛ لما رَوَى أبو داودَ[1] ، عن عبدِ اللهِ بن عَمْرٍو ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ أمَرَه أن يُجَهِّزَ جَيْشًا ، فَنَفِدَتِ الإِبِلُ ، فأمَرَه أن يَأْخُذَ فى قِلاصِ[2] الصَّدَقَةِ ، فكان يَأْخُذُ البَعِير بالبَعِيرَيْنِ إلى إبِلِ الصَّدَقَةِ[3] . ورَوَى سعيدٌ فى سُنَنِه ، عن أبى مَعْشَرٍ ، عن صَالِحِ بن كَيْسَانَ ، عن الحسنِ بن محمدٍ : أنَّ عليًّا بَاعَ بَعِيرًا له يُقالُ له : عُصَيْفِيرٌ ، بأربعةِ أبْعِرَةٍ

---

(٤٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤ .

(١) فى : باب فى الرخصة فى الحيوان بالحيوان نسيئة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٢٥ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/٢٨٧ ، ٢٨٨ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣/٦٩ .

(٢) قلاص : جمع قلوص ، وهى الشابة من الإبل .

(٣) بعد هذا فى م : زيادة « رواه أبو داود » .

إلى أَجَلٍ . ولأنَّهما مَالَانِ لا يَجْرِى فيهما رِبا الفَضْلِ ، فجازَ النَّسَاءُ فيهما كالعَرْضِ بالدِّينَارِ ، ولأنَّ النَّسَاءَ أَحَدُ نَوْعَيِ الرِّبَا ، فلم يَجُزْ فى الأنواعِ[4] كُلِّها ، كالنَّوْعِ الآخَرِ . والرِّوايةُ الثانية ، يَحْرُمُ النَّساءُ فى كلِّ مالٍ بِيعَ بجِنْسِه ، كالحيوانِ بالحيوانِ ، والثِّيابِ بالثِّيابِ ، ولا يَحْرُمُ فى غير ذلك . وهذا مَذْهَبُ أبى حنيفةَ . ومِمَّنْ كَرِهَ بَيْعَ الحَيَوانِ بالحَيَوانِ نَساءً ابنُ الحَنَفِيَّةِ ، وعبدُ اللهِ بن عُمَيْرٍ ، وعَطاءٌ ، وعِكْرِمَةُ ابن خالِدٍ ، وابنُ سِيرِينَ ، والثَّورِىُّ . وَرُوِىَ ذلك عن عَمَّارٍ ، وابنِ عمرَ ؛ لِمَا رَوَى سَمُرَةُ : أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الحَيَوانِ بالحَيَوانِ نَسِيئَةً . قال التِّرمِذِىُّ[5] : هذا حَدِيثٌ حسنٌ صحيحٌ ، ولأنَّ الجِنْسَ أحدُ وَصْفَىْ عِلَّةِ رِبَا الفَضْلِ ، فَحَرَّمَ النَّسَاءُ ، كالكَيْلِ والوَزْنِ . والثالثة ، لا يَحْرُمُ النَّساءُ إلَّا فيما بِيعَ بِجِنْسِه مُتَفاضِلًا ، فأمَّا مع التَّمَاثُلِ فلا ؛ لِمَا رَوَى جابرٌ ، أن النبىَّ ﷺ قال : « الحَيَوانُ اثْنَانِ[6] بِوَاحِدٍ لا يَصْلُحُ / نَسَاءً ، ولا بَأْسَ به يَدًا بِيَدٍ » ، قال التِّرمِذِىُّ[7] : هذا حديثٌ حَسَنٌ . ورَوَى ابنُ عُمَرَ : أن رَجُلًا قال : يا رَسُولَ اللهِ ، أرَأَيْتَ الرَّجُلَ يَبِيعُ الفَرَسَ بالأفْراسِ والنَّجِيبَةَ بالإبِلِ ؟ فقال : « لا بَأْسَ إذا كانَ يَدًا بِيَدٍ » . من المسْنَدِ[8] . وهذا يَدُلُّ على إباحةِ النَّسَاءِ مع التَّمَاثُلِ بمَفْهُومِهِ . والرابعة ، يَحْرُمُ النَّسَاءُ فى كلِّ مالٍ بِيعَ بمالٍ آخَرَ ، سَواءٌ كان من جِنْسِه [9]أو من غيرِ جِنْسِه[9] . وهذا

١٦٢/٤ و

---

(٤) فى م : « الأموال » .

(٥) فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٤٦/٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الحيوان بالحيوان نسيئة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٤/٢ . والنسائى ، فى : باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٧/٧ . وابن ماجه ، فى : باب الحيوان بالحيوان نسيئة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٣/٢ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن بيع الحيوان بالحيوان ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٠٤/٢ .

(٦) فى النسخ : « اثنين » . وعند ابن ماجه : « لا بأس بالحيوان واحدًا باثنين يدًا بيد » .

(٧) فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٤٧/٥ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الحيوان بالحيوان نسيئة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٣/٢ .

(٨) المسند ١٠٩/٢ .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل .

ظَاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِىّ . ويحْتَمِلُ أنه أَرَادَ الرِّوايةَ الثَّالثةَ ؛ لأَنَّه بَيْعُ عَرْضٍ بِعَرْضٍ ، فَحُرِّمَ النَّساءُ بينهما كالجِنْسَيْنِ من أَمْوالِ الرِّبَا ، قال القاضى : فعلى هذا لو باعَ عَرْضًا بِعَرْضٍ ، ومع أحدهما دَرَاهِمُ ، العُرُوضُ نَقْدًا والدراهمُ نَسِيئَةً[10] ، جازَ ، وإن كانتِ الدراهمُ نَقْدًا والعُرُوضُ نَسِيئَةً ، لم يَجُزْ ؛ لأنه يُفْضِى إلى النَّسِيئَةِ فى العُرُوضِ . وهذه الرِّوَايَةُ ضَعِيفَةٌ جِدًّا ؛ لأنَّه إثْبَاتُ حُكْمٍ يُخَالِفُ الأصلَ بغيرِ نَصٍّ ولا إجْمَاعٍ ولا قِياسٍ صحيحٍ ، فإنَّ فى المَحلِّ المُجْمَعِ[11] عليه أو المَنْصُوصِ عليه أوصافًا لها أثَرٌ فى تَحْرِيمِ الفَضْلِ ، فلا يَجُوزُ حَذْفُها عن دَرَجَةِ الاعْتِبارِ ، وما هذا سَبِيلُه لا يجوزُ إثباتُ الحُكْمِ فيه ، وإن لم يُخَالِفْ أصْلًا ، فكيف يَثْبُتُ مع مُخَالَفَةِ الأَصْلِ فى حِلِّ البَيْعِ ! وأصَحُّ الرِّواياتِ هى الأُولَى ؛ لِمُوَافَقَتِهَا الأَصْلَ . والأحادِيثُ المُخالِفَةُ لها ، قال أبو عبدِ اللهِ : ليس فيها حَدِيثٌ يُعْتَمَدُ عليه ، ويُعْجِبُنِى أن يَتَوَقَّاهُ . وذُكِرَ له حديثُ ابنِ عَبَّاسٍ وابنِ عمرَ فى هذا ، فقال : هما مُرْسَلانِ . وحديثُ سَمُرَةَ يَرْوِيهِ الحسنُ عن سَمُرَةَ[12] ، قال الأَثْرَمُ ، قال[13] أبو عَبْدِ اللهِ : لا يَصِحُّ سَماعُ الحسنِ من سَمُرَةَ . وحديثُ جَابرٍ ، قال أبو عبدِ اللهِ : هذا حجَّاجٌ زَادَ فيه : « نَسَاءً » ، ولَيْثُ بن سَعْدٍ سَمِعَهُ من أبى الزُّبيْرِ ، ولا يَذْكُرُ فيه : « نَسَاءً » ، وحجَّاجٌ هذا هو حجَّاجُ بن أرْطاةَ ، قال يعقوبُ بن شَيْبَةَ : هو واهِى الحدِيثِ ، وهو صَدُوقٌ . وإن كان أحدُ المَبِيعَيْنِ مِمَّا لا رِبا فيه ، والآخَرُ فيه رِبًا كالمَكِيلِ بالمَعْدُودِ ، ففيهما[14] رِوَايَتَانِ ، إحْدَاهُما : يَحْرُمُ النَّسَاءُ فيهما . والثانيةُ : لا يَحْرُمُ ، كما لو باع مَعْدُودًا بِمَعْدُودٍ من غيرِ جِنْسِه .

---

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) فى الأصل : « المجتمع » .

(١٢) بعد هذا الموضع فى الأصل زيادة : « قال » .

(١٣) فى الأصل : « وقال » .

(١٤) فى م : « ففيه » .

٧٠٧ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَا يُبَاعُ شَىْءٌ مِنَ الرَّطْبِ بِيَابِسٍ مِنْ جِنسِهِ إِلَّا العَرَايَا)

أرادَ الرَّطْبَ مما يَجْرِى فيه الرِّبا ، كالرُّطَبِ بالتَّمْرِ ، والعنبِ بالزَّبِيبِ ، واللبنِ بالجُبْنِ ، والحِنْطَةِ المَبلولةِ أو الرَّطْبَةِ باليابِسَةِ ، أو المَقْلِيَّةِ بالنِّيئَةِ ، ونحو ذلك . وبه قال سعدُ بن أبى وَقَّاصٍ ، وسعيدُ بن المُسَيَّبِ ، / والليْثُ ، ومالِكٌ ، والشَّافعيُّ ، ١٦٢/٤ ظ وإسحاقُ ، وأبو يوسفَ ، ومُحَمَّدٌ . وقال ابنُ عبدِ البَرِّ : جُمْهورُ علماءِ المُسْلِمِينَ على أنَّ بَيْعَ الرُّطَبِ بالتَّمْرِ لا يَجُوزُ بحالٍ من الأحْوالِ ، وقال أبو حنيفةَ : يَجوزُ ذلك ؛ لأنَّه لا يَخْلُو ، إمَّا أن يكونَ من جِنْسِه ، فيجوزُ ؛ لقولِه عليه السَّلامُ : « التَّمْرُ بالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ »[1] . أو من غيرِ جِنْسِه ، فيجوزُ ؛ لقولِه عليه السَّلامُ : « فإذا اخْتَلَفَتْ هذه الأصْنافُ فَبِيعُوا كيفَ شِئْتُمْ »[2] . ولنا ، قولُه عليه السَّلامُ : « لا تَبِيعُوا التَّمْرَ بِالتَّمْرِ »[3] . وفى لَفْظٍ ، نَهَى عن بَيْعِ التَّمْرِ بالتَّمْرِ ، ورَخَّصَ فى العَرِيَّةِ أن تُبَاعَ بخَرْصِهَا يأكُلُها أهْلُها رُطَبًا . مُتَّفَقٌ عليه[4] . وعن سَعْدٍ : أنَّ النبيَّ ﷺ سُئِلَ عن بَيْعِ الرُّطَبِ بالتَّمْرِ فقال : « أيَنْقُصُ الرُّطَبُ إذا يَبِسَ » قالوا : نعم . فنَهَى عن ذلك . رَوَاهُ مالِكٌ ، وأبو داودَ ، والأثْرَمُ ، وابنُ ماجَه[5] . ولَفْظُ رِوَايَةِ الأثْرَمِ ، قال :

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٢ .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع المزابنة ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/٩٨ . ومسلم ، فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٦٨ . والنسائى ، فى : باب بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٣١ .

(٤) أخرجه البخارى ، فى باب المزابنة ... ، وباب بيع الثمر على رءوس النخل بالذهب والفضة ، من كتاب البيوع ، وباب الرجل يكون له ممر أو شرب فى حائط أو نخل ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ٣/٩٩ ، ١٥٠ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٦٩ . وأبو داود ، فى : باب فى بيع العرايا ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٢٦ . والنسائى ، فى : باب بيع العرايا بخرصها تمرا ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٣٥ . وابن ماجه ، فى : باب بيع العرايا بخرصها تمرا ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/١٩٠ ، ٣٦٤ .

(٥) أخرجه مالك ، فى : باب ما يكره من بيع الثمر ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٢٤ . وأبو داود ، فى : =

« فَلَا إِذَنْ » . نَهَى وعَلَّلَ بأنه يَنْقُصُ إذا يَبِسَ . ورَوَى مالِكٌ[٦] ، عن نافِعٍ ، عن ابنِ عُمرَ : أن رسولَ اللهِ ﷺ نَهَى عن المُزَابَنَةِ . والمُزابَنَةُ بَيْعُ الرُّطَبِ بالتَّمْرِ كَيْلًا ، وبَيْعُ العِنَبِ بالزَّبِيبِ كَيْلًا ؛ ولأنَّه جِنْسٌ فيه الرِّبا بِيعَ بَعْضُه بِبَعْضٍ على وَجْهٍ يَنْفَرِدُ أحدُهما بالنُّقْصانِ ، فلم يَجُزْ ، كَبَيْعِ المَقْلِيَّةِ بالنِّيئَةِ ، ولا يَلْزَمُ الحَدِيثُ بالعَتِيقِ ؛ لأنَّ التَّفاوُتَ يَسِيرٌ . قال الخَطَّابِيُّ[٧] : وقد تَكَلَّمَ بعضُ الناسِ فى إسْنادِ حَدِيثِ سعدِ بن أبى وَقَّاصٍ فى بَيْعِ الرُّطَبِ بالتَّمْرِ . وقال : زَيْدٌ أبو عَيَّاشٍ راوِيهِ ضَعِيفٌ . ولَيْسَ الأمْرُ على ما تَوَهَّمَهُ ، وأبو عَيَّاشٍ مولَى بَنِى زُهْرَةَ مَعْرُوفٌ ، وقد ذَكَرَهُ مالِكٌ فى « المُوَطَّأ » ، وهو لا يَرْوِى عن مَتْروكِ الحَدِيثِ .

فصل : فأمَّا بَيْعُ الرُّطَبِ بالرُّطَبِ ، والعنبِ بالعنبِ ، ونحوِه من الرطبِ بِمِثْلِه ، فَيَجوزُ مع التَّمَاثُلِ فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ ، ومَنَعَ منه الشَّافِعِىُّ فيما يَيْبَسُ . أمَّا ما لا يَيْبَسُ كالقِثَّاءِ ، والخِيارِ ، ونحوِه ، فعلى قَوْلَيْنِ ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ تَساوِيهما حالةَ الادِّخارِ ، فأشْبَه الرُّطَبَ[٨] بالتَّمْرِ . وذَهَبَ أبو حَفْصٍ العُكْبَرِىُّ من أصْحابِنا إلى هذا ، وحَمَلَ كَلامَ الخِرَقِىِّ عليه ؛ لِقَوْلِه فى اللَّحْمِ : لا يجوزُ بَيْعُ بَعْضِه بِبَعْضٍ رَطْبًا ،

= باب فى التمر بالتمر ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٢٥ . وابن ماجه ، فى : باب بيع الرطب بالتمر ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦١ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن المحاقلة والمزابنة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٣٣ . والنسائى ، فى : باب اشتراء التمر بالرطب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٣٦ .

(٦) فى : باب ما جاء فى المزابنة والمحاقلة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٢٤ ، ٦٢٥ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام ، وباب بيع المزابنة ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/٩٦ ، ٩٨ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٧١ . والنسائى ، فى : باب بيع الكرم بالزبيب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٣٤ . وابن ماجه ، فى : باب المزابنة والمحاقلة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٧ ، ١٦ ، ٦٣ ، ١٠٨ .

(٧) فى معالم السنن ٣/٧٨ .

(٨) فى م : « بالحطب » .

ويجوزُ إذا تَناهَى جَفافُه مِثْلًا بِمِثْلٍ . ومَفْهُومُ كلامِ الخِرَقِيّ هٰهُنا : إباحَةُ ذلك ؛ لأنَّ مَفْهُومَ نَهْيِهِ عليه السَّلامُ عن بَيْعِ التَّمْرِ بالتَّمْرِ إباحةُ بَيْعِ كلِّ واحدٍ / منهما بمِثْلِهِ ، ولأنَّهما تَساوَيَا فى الحالِ على وَجْهٍ لا يَنْفرِدُ أَحَدُهما بالنُّقْصَانِ ، فجازَ ، كَبَيْعِ اللَّبَنِ باللَّبَنِ ، والتَّمْرِ بالتَّمْرِ ، ولأنَّ قَوْلَه تَعالَى : ﴿ وأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾[9] عامٌّ خَرَجَ منه المَنْصوصُ عليه ، وهو بَيْعُ التَّمْرِ بالتَّمْرِ ، وليس هذا فى مَعْناه ، فبَقِىَ على العُمومِ ، وما ذَكَرَهُ لا يَصِحُّ ، فإنَّ التَّفاوُتَ كثيرٌ ، ويَنْفرِدُ أَحَدُهما بالنُّقْصانِ ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنا . ولا بَأْسَ بِبَيْعِ الحديثِ بالعَتِيقِ ؛ لأنَّ التَّفاوُتَ فى ذلك يَسيرٌ ، ولا يُمْكِنُ ضَبْطُه ، فَعُفِىَ[10] عنه .

١٦٣/٤ و

٧٠٨ ـ مسألة ؛ قال : (ولا يُباعُ مَا أَصْلُه الكَيْلُ بِشَىْءٍ مِنْ جِنْسِهِ وَزْنًا ، ولا مَا أَصْلُه الوَزْنُ كَيْلًا)

لا خِلافَ بين أَهْلِ العِلْمِ فى وُجُوبِ المُماثلَةِ فى بَيْعِ الأَموالِ التى يَحْرُمُ التَّفاضُلُ فيها ، وأنَّ المُساواةَ المَرْعِيَّةَ هى المُساواةُ فى المَكيلِ كَيْلًا وفى المَوْزُونِ وَزْنًا ، ومَتَى تَحَقَّقَتْ هذه المُساواةُ ، لم يَضُرَّ اخْتِلافُهُما فيما سِواها . وإن لم يُوجَدْ ، لم يَصِحَّ البَيْعُ ، وإن تَساوِيا فى غيرِها ، وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ ، وجُمْهورِ أَهْلِ العِلْمِ ، لا نَعْلَمُ أحدًا خالَفَهُم إلَّا مالكًا ، قال : يَجُوزُ بَيْعُ المَوْزُوناتِ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ جُزَافًا . ولنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ ، والفِضَّةُ بالفِضَّةِ وَزْنًا بِوَزْنٍ ، والبُرُّ بالبُرِّ كَيْلًا بِكَيْلٍ ، والشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ كَيْلًا بِكَيْلٍ » . رَوَاهُ الأَثْرَمُ[1] فى حَدِيثِ عُبادَةَ ، ورواه أبو دَاوُدَ[2] ، ولَفْظُه : « البُرُّ بالبُرِّ مُدْىٌ[3]

---

(٩) سورة البقرة ٢٧٥ .

(١٠) فى م : « فيعفى » .

(١) وأخرجه البيهقى ، فى : باب اعتبار التماثل فيما كان موزونا على عهد النبى ﷺ ... ، كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٩١/٥ .

(٢) فى : باب الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٣/٢ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب بيع الشعير بالشعير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٢/٧ ، ٢٤٣ .

(٣) المدى ؛ بضم الميم وسكون الدال : مكيال يسع تسعة عشر صاعا .

بِمُدْيٍ ، والشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ مُدْىٌ بِمُدْيٍ ، والمِلْحُ بالمِلْحِ مُدْىٌ بِمُدْيٍ ، فمن زَادَ أو ازْدادَ فَقَدْ أَرْبَى » . فأَمَرَ بالمُساواةِ فى المَوزُوناتِ المَذْكُورَةِ فى الوَزْنِ ، كما أمَرَ بالمُساواةِ[4] فى المَكِيلاتِ فى الكَيْلِ ، وما عَدَا الذهَبَ والفِضَّةَ من المَوْزُوناتِ مَقِيسٌ عليهما ومُشَبَّهٌ بهما ؛ ولأنَّه جِنْسٌ يَجْرِى فيه الرِّبَا ، فلم يَجُزْ بَيْعُ بَعْضِه بِبَعْضٍ جُزَافًا كالمَكِيلِ ، ولأنَّه مَوْزونٌ من أَمْوالِ الرِّبا ، فأشْبَه الذهَبَ والفِضَّةَ ، ولأنَّ حقيقةَ الفَضْلِ مُبْطِلَةٌ لِلبيع ، ولا نَعْلَمُ عَدَمَ ذلك إلَّا بالوَزْنِ ، فوَجَبَ ذلك ، كما فى المَكِيلِ والأثْمانِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنه لا يَجوزُ بَيْعُ المَكِيلِ بالمَكِيلِ وَزْنًا ، ولا بَيْعُ المَوْزُونِ بالمَوْزُونِ كَيْلًا ؛ لأنَّ التَّماثُلَ فى الكَيْلِ مُشْتَرطٌ فى المَكِيلِ ، وفى الوَزْنِ فى المَوْزُونِ ، فمتى باعَ رِطْلًا من المَكِيلِ بِرِطْلٍ حَصَلَ فى الرِّطْلِ من الخَفيفِ أكْثَرُ مِمَّا يَحْصُلُ من الثَّقيلِ ، فيَخْتَلِفانِ فى الكَيْلِ ، وإن لم / يَعْلَمِ الفَضْلَ ، لكنْ يَجْهَلُ التَّساوِىَ ، فلا يَصِحُّ ، كما لو باعَ بَعْضَه بِبَعْضٍ جُزَافًا ، وكذلك لو باعَ المَوزونَ بالمَوْزُونِ بالكَيْلِ ، فلا يَتَحقَّقُ التَّماثُلُ فى الوزنِ ، فلم يَصِحَّ ، كما ذَكَرْنا فى المَكِيلِ .

١٦٣/٤ ظ

فصل : ولو باعَ بَعْضَه بِبَعْضٍ جُزَافًا ، أو كان جُزَافًا من أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ ، لم يَجُزْ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ العِلْمِ على أنَّ ذلك غيرُ جائِزٍ إذا كانا من صِنْفٍ واحِدٍ ؛ وذلك لِمَا رَوَى مُسْلِمٌ[5] ، عن جَابِرٍ ، قال : نَهَى رسولُ اللهِ ﷺ عن بَيْعِ الصُّبْرَةِ من التَّمْرِ ، لا يُعْلَمُ مَكِيلُها ، بالكَيْلِ المُسَمَّى من التَّمْرِ . وفى قَوْلِ النبىِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ »[6] إلى تَمَامِ الحَدِيثِ ، دَلِيلٌ على أنه لا يَجُوزُ بَيْعُه إلَّا كذلك ، ولأنَّ التَّماثُلَ شَرْطٌ ، والجَهْلُ به يُبْطِلُ البَيْعَ ، كَحَقِيقَةِ التَّفاضُلِ .

---

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى : باب تحريم بيع صبرة التمر المجهولة القدر بالتمر ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٢/٣ ، ١١٦٣ . والنسائى ، فى : باب بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٧/٧ .

(٦) تقدم تخريجه فى الصفحة السابقة .

فصل : وما لا يُشْتَرَطُ التَّماثُل فيه كالجِنْسَيْنِ ، وما لارِبًا فيه ، يجوزُ بَيْعُ بَعْضِه بِبَعْضٍ كَيْلًا ووَزْنًا وجُزافًا ، وهذا ظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِيِّ ؛ لِتَخْصِيصِهِ ما يُكالُ بِمَنْعِ بَيْعِه بشيءٍ من جِنْسِه وَزْنًا ، وما يُوزَنُ بمَنْعِ بَيْعِه من جِنْسِه كَيْلًا . وهذا قولُ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على أن بَيْعَ الصُّبْرَةِ من الطَّعامِ بالصُّبْرَةِ ، لا يُدْرَى كم كَيْلُ هذه ، ولا كَيْلُ هذه ، من صِنْفٍ واحِدٍ ، غيرُ جائِزٍ ، ولا بَأْسَ به من صِنْفَيْنِ ؛ اسْتِدْلالًا بقولِه عليه السَّلامُ : « فإذا اخْتَلَفَ الجِنْسَانِ فَبِيعُوا كيف شِئْتُمْ »[7] . وذَهَبَ جماعةٌ من أصْحابِنا إلى مَنْعِ بَيْعِ المَكِيلِ بالمَكِيلِ جُزافًا ، وبَيْعِ المَوْزونِ بالمَوْزونِ جُزافًا . وقال أحْمَدُ ، في رِوايةِ مُحَمَّدِ بنِ الحَكَمِ : أكْرَهُ ذلك . قال ابنُ أبي موسى : لا خَيْرَ فيما يُكالُ بما يُكالُ جُزافًا ، ولا فيما يُوزَنُ بما يُوزَنُ جُزافًا ، اتَّفَقَتِ الأجْناسُ أو اخْتَلَفَتْ ، ولا بَأْسَ بِبَيْعِ المَكيلِ بالمَوْزُونِ جُزافًا ، وقال ذلك القاضي والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وذلك لأنَّ النبيَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الطَّعامِ بالطَّعامِ مُجازَفَةً[8] . ولأنَّه بَيْعُ مَكِيلٍ بِمَكِيلٍ ، أشْبَهَ الجِنْسَ الواحدَ . ولنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « فإذا اخْتَلَفَتْ هٰذِهِ الأصْنافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ »[9] . ولأنَّ قولَ اللهِ تعالى : ﴿ وأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ ﴾[10] . عامٌّ خَصَّصْناه في الجِنْسِ الواحِدِ الذي يَجِبُ التَّماثُل فيه ، فَفِيمَا / عداه يَجِبُ البَقاءُ على العُمومِ ، ولأنَّه يجوزُ التَّفاضُلُ فيه ، فجازَ جُزافًا من الطَّرَفَيْنِ كالمَكِيلِ بالمَوْزُونِ ، يُحَقِّقُه أنَّه إذا كان حقيقةُ الفَضْلِ لا يَمْنَعُ ، فاحْتِمالُه أَوْلَى أن لا يَكونَ مانِعًا ، وحَدِيثُهُم أرادَ به الجِنْسَ الواحِدَ ؛ ولهذا جاء في بعضِ ألْفاظِه : نَهَى أن تُباعَ الصُّبْرَةُ لا يُعْلَمُ مَكِيلُها

١٦٤/٤ و

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٦٢.

(٨) أخرجه النسائي ، في : باب بيع الصبرة من الطعام بالصبرة من الطعام ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٧/٧ . وعبد الرزاق ، في : باب المجازفة ، من كتاب البيوع . مصنف عبد الرزاق ١٣١/٨ .

(٩) تقدم تخريجه في صفحة ٦٢ .

(١٠) سورة البقرة ٢٧٥ .

من التَّمْرِ ، بالصُّبْرَةِ لا يُعْلَمُ مَكِيلُها من التَّمْرِ[11] . ثم هو مخصوصٌ بالمَكِيلِ والمَوْزُونِ ، فنَقِيسُ عليه مَحلَّ النِّزاعِ ، وما ذُكِرَ من القِيَاسِ غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّ المَكِيلَ من جِنْسٍ واحِدٍ ، يَجِبُ التَّماثُلُ فيه ، فمُنِعَ من بَيْعِه مُجازَفَةً ؛ لِفَوَاتِ المُماثَلَةِ المَشْرُوطَةِ ، وفى الجِنْسَيْنِ لا يُشْتَرَطُ التَّماثُلُ ،ولا يُمْنَعُ حقيقةُ التَّفاضُلِ ، فاحْتِمالُه أوْلَى أن لا يَكُونَ مانِعًا .

فصل : ولو قال : بِعْتُكَ هذه الصُّبْرَةَ بهذه الصُّبْرَةِ . وهما من جِنْسٍ واحِدٍ ، ولا يَعْلَمانِ كَيْلَهُما ، لم[12] يَصِحَّ ؛ لما ذَكَرْنا . وإن عَلِما كَيْلَهُما وتَسَاوِيَهُما ، صَحَّ البَيْعُ ؛ لوُجُودِ التَّماثُلِ المُشْتَرَطِ . وإن قال : بِعْتُكَ هذه الصُّبْرَةَ بهذه الصُّبْرَةِ ، مِثْلًا بِمِثْلٍ . فكِيلَتا فكانَتا سَوَاءً ، صَحَّ البَيْعُ ، وإلَّا فلا . وإن باع صُبْرَةً بِصُبْرَةٍ من غير جِنْسِها ، صَحَّ عندَ مَنْ يُجَوِّزُ بَيْعَ المَكِيلِ بالمَكِيلِ جُزافًا . وإن قال : بِعْتُكَ هذه الصُّبْرَةَ بهذِهِ ، مِثْلًا بمِثْلٍ . فكِيلَتا فكانتا سَوَاءً ، صَحَّ البَيْعُ ، وإن زَادَتْ إحْداهُما فرَضِىَ صاحبُ النَّاقِصَةِ بها مع نَقْصِها ، أو رَضِىَ صاحِبُ الزَّائِدَةِ بِرَدِّ الفَضْلِ على صاحِبِه ، جازَ ، وإن امْتَنَعا فُسِخَ البَيْعُ بَيْنَهُما . ذَكَرَ هذا الفَصْلَ[13] القاضى ، وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ .

فصل : ويَجُوزُ قَسْمُ المَكِيلِ وَزْنًا ، وقَسْمُ المَوْزُونِ كَيْلًا ، وقَسْمُ الثِّمارِ خَرْصًا ، وقَسْمُ ما لا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِه بِبَعْضٍ ؛ لأنَّ القِسْمَةَ إفْرازُ حقٍّ ، وليستْ بَيْعًا . ونُقِلَ عن ابنِ بَطَّةَ ما يَدُلُّ على أنها بَيْعٌ ، فيَثْبُتُ فيها أحْكامُ البَيْعِ ، ويُمْنَعُ فيها ما ذَكَرْناهُ ؛ لأنَّ كلَّ جُزْءٍ من ذلك مُشْتَرَكٌ بينهما ، فإذا تَعَيَّنَ لكلِّ واحِدٍ منهما حَقٌّ ، فقد اشْتَرَى نَصِيبَ شَرِيكِه ممَّا تَعَيَّنَ لَه بِنَصِيبِه فيما تَعَيَّنَ لِشَرِيكِه . وللشَّافِعِىِّ قَوْلانِ ، كالمذهبَيْنِ . والظَّاهِرُ أنَّها إفْرازُ حَقٍّ ؛ بِدَلِيلِ اعْتِبارِ تَعْدِيلِ / السِّهامِ ، ٤/١٦٤ ظ

---

(١١) أخرجه النسائى ، فى : باب بيع الصبرة من الطعام بالصبرة من الطعام ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٧/٧ .

(١٢) فى م : « لا » .

(١٣) سقط من : الأصل .

ودُخُولِ[١٤] القُرْعَةِ فيها ، ولُزُومِها بها ، والإِجْبارِ عليها ، وأنَّها لا تَفْتَقِرُ إلى لَفْظِ بَيْعٍ ولا تَمْلِيكٍ ، ولا يَدْخُلُها خِيارٌ ، ولا تَجُوزُ إلَّا بِقَدْرِ الحَقَّيْنِ ، ولا يَثْبُتُ فيها شُفْعَةٌ ، وتَخْتَصُّ باسْمٍ . وتَغايُرُ الأَحْكامِ والأَسْماءِ دَلِيلٌ على اخْتِلافِهِما . وَرُوِىَ عن ابنِ عَبّاسٍ ، أنَّه قال : قَسَمتِ الصَّحابَةُ رَضِىَ اللهُ عنهم الغَنائِمَ بالحَجَفِ[١٥] . وذلك كَيْلُ الأَثْمانِ بِمَحْضَرٍ من جَماعَةٍ كَثِيرَةٍ منهم ، وانْتَشَرَ فى بَقِيَّتِهِم فلم يُنْكَرْ ، فصارَ إجْماعًا على ما قُلْناهُ .

فصل : فى مَعْرِفَةِ المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، والمَرْجِعُ فى ذلك إلى العُرْفِ بالحِجازِ فى عَهْدِ النَّبِىِّ ﷺ ، وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ : أنَّ الاعْتِبارَ فى كل بلدٍ بعادَتِه . و لنا ، ما رَوَى عبدُ اللهِ بن عمرَ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « المِكْيالُ مِكْيالُ المَدِينَةِ ، والمِيزَانُ مِيزَانُ مَكَّةَ »[١٦] . والنَّبِىُّ ﷺ إنما يُحْمَلُ كَلامُه على بَيانِ الأَحْكامِ ؛ لأنَّ ما كان مَكِيلًا بالحِجازِ فى زَمنِ النَّبِىِّ ﷺ ، انْصَرَفَ التَّحْرِيمُ فى تَفاضُلِ الكَيْلِ إليه ، فلا يجوزُ أن يَتَغَيَّرَ بعد ذلك ، وهكذا المَوْزُونُ ، وما لا عُرْفَ له بالحِجازِ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ، يُرَدُّ إلى أَقْرَبِ الأَشْياءِ شِبْهًا به بالحِجازِ ، كما أنَّ الحَوادِثَ تُرَدُّ إلى أَشْبَهِ المَنْصُوصِ عليه بها ، وهو القِياسُ . والثانى ، يُعْتَبَرُ عُرْفُه فى مَوْضِعِه ، فإن لم يَكُنْ له فى الشَّرْعِ حَدٌّ كان المَرْجِعُ فيه إلى العُرْفِ ، كالقَبْضِ ، والإِحْرازِ[١٧] ، والتَّفَرُّقِ ، وهذا قولُ أبى حنيفةَ . وعلى هذا إنِ اخْتَلَفَتِ البلادُ ، فالاعْتِبارُ بالغالِبِ ، فإن لم يَكُنْ غالِبٌ بَطَلَ هذا الوَجْهُ ، وتَعَيَّنَ الأَوَّلُ . ومَذْهَبُ الشّافِعِىِّ على هذينِ الوَجْهَيْنِ ، فَالبُرُّ ، والشَّعِيرُ مَكِيلانِ

---

(١٤) فى م : « ودخوله » .

(١٥) الحجف : التروس والصدور من جلود بلا خشب ولا عقب وواحدتها حجفة .

(١٦) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى قول النبى ﷺ : المكيال مكيال المدينة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٠ . والنسائى ، فى : باب كم الصاع ، من كتاب الزكاة ، وباب الرجحان فى الوزن ، من كتاب البيوع . المجتبى ٥/ ٤٠ ، ٧/ ٢٥٠ .

(١٧) فى الأصل : « الحرز » .

مَنْصُوصٌ عليهما بقَولِ النَّبِيِّ ﷺ : « البُرُّ بالبُرِّ كَيْلًا بِكَيْلٍ ، والشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ كَيْلًا بِكَيْلٍ »[١٨] . وكذلك سائرُ الحُبوبِ ، والأبازِيرِ ، والأُشْنانِ ، والجِصِّ ، والنُّورَةِ ، وما أشْبَهَها . والتَّمْرُ مَكِيلٌ ، وهو من المَنْصوصِ عليه ، وكذلك سائِرُ تَمْرِ النَّخْلِ من الرُّطَبِ والبُسْرِ وغيرِهِما ، وسائِرُ ما تَجِبُ فيه الزَّكاةُ من الثِّمارِ ، مثلِ الزَّبِيبِ ، والفُسْتُقِ ، والبُنْدُقِ ، والعُنَّابِ ، والمِشْمِشِ ، والبُطْمِ[١٩] ، والزَّيْتُونِ ، واللَّوْزِ . والمِلْحُ مَكِيلٌ ، /وهو من المَنْصُوصِ عليه بقولِه عليه السَّلَامُ : « المِلْحُ بالمِلْحِ مُدْىٌ بمُدْىٍ »[٢٠] . والذَّهَبُ والفِضَّةُ مَوْزُونانِ . ثَبَتَ ذلك بقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ وَزْنًا بوَزْنٍ ، والفِضَّةُ بالفِضَّةِ وَزْنًا بِوَزْنٍ »[٢١] وكذلك ما أشْبَهَهُما من جَواهِرِ الأرْضِ كالحَدِيدِ ، والنُّحاسِ ، والصُّفْرِ ، والرَّصاصِ ، والزُّجاجِ ، والزِّئْبَقِ . ومنه الإبْرِيسَمُ[٢٢] ، والقُطْنُ ، والكَتَّانُ ، والصُّوفُ ، وغَزْلُ ذلك ، وما أشْبَهَهُ . ومنه الخُبْزُ ، واللَّحْمُ ، والشَّحْمُ ، والجُبْنُ ، والزُّبْدُ ، والشَّمْعُ ، وما أشْبَهَهُ ، وكذلك الزَّعْفَرانُ ، والعُصْفُرُ ، والوَرْسُ ، وما أشْبَهَ ذلك .

١٦٥/٤ و

فصل : والدَّقِيقُ والسَّوِيقُ مَكِيلانِ ؛ لأنَّ أصْلَهُما مَكِيلٌ ، ولم يُوجَدْ ما يَنْقُلُهما عنه ، ولأنَّهما يُشْبِهانِ ما يُكالُ ، وذَكَرَ القاضِي فى الدَّقِيقِ ، أنَّهُ يَجوزُ بيعُ بعضِه بِبعضٍ بالوَزْنِ ، ولا يَمْتَنِعُ أن يَكونَ أصْلُهُ مَكيلًا وهو مَوْزونٌ ، كالخُبْزِ . ولنا ، ما ذَكَرْناهُ ، ولأنَّهُ يُقَدَّرُ بالصَّاعِ ، بِدَليلِ أنَّه يُخْرَجُ فى الفِطْرَةِ صاعٌ من دَقِيقٍ ، وقد جاءَ فى الحَدِيثِ . والصَّاعُ إنَّما يُقَدَّرُ به المَكِيلاتُ ، وعلى هذا يكونُ الأقِطُ مَكيلًا ؛ لأنَّ فى حَدِيثِ صَدَقَةِ الفِطرِ : صَاعٌ مِنْ أَقِطٍ[٢٣] .

---

(١٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٩ .

(١٩) البطم : شجرة الحبة الخضراء ، من الفصيلة الفستقية ، ثمرتها حسكة مفلطحة خضراء ، تؤكل ببلاد الشام .

(٢٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٩ .

(٢١) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٩ .

(٢٢) الإبريسم : الحرير .

(٢٣) تقدم تخريج الحديث فى : ٤ / ٢٨٢ .

فصل : فأمَّا اللَّبَنُ ، وغيرُه من المائعاتِ ، كالأَدْهانِ من الزَّيْتِ ، والشَّيْرَجِ[٢٤] ، والعسلِ ، والخَلِّ ، والدِّبْسِ[٢٥] ، ونحوِ ذلك ، فالظاهِرُ أنَّها مَكيلَةٌ . قالَ القاضى فى الأَدْهَانِ : هى مَكيلَةٌ . وفى اللَّبَنِ : يَصِحُّ السَّلَمُ فيه كَيْلًا . وقال أصحابُ الشَّافِعِىِّ : لا يُباعُ اللَّبَنُ بعضُه ببعضٍ إلَّا كَيْلًا . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه سُئِلَ عن السَّلَفِ فى اللَّبَنِ ؟ فقال : نعم كَيْلًا ، أو وَزْنًا . وذلك لأنَّ الماءَ مُقَدَّرٌ بالصَّاعِ ، ولذلك كان النَّبِىُّ ﷺ يَتَوَضَّأُ بالمُدِّ ، ويَغْتَسِلُ بالصَّاعِ[٢٦] ، ويَغْتَسِلُ هو وبعضُ نِسائِه من الفَرَقِ . وهذه مَكاييلُ قُدِّرَ بها الماءُ ، وكذلك سائرُ المائعاتِ . وَرُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه نَهَى عن بَيْعِ ما فى ضُروعِ الأنعامِ إلَّا بالكَيْلِ . رَوَاهُ ابن مَاجَه[٢٧] . وأمَّا غيرُ المَكيلِ ، والمَوْزونِ ، فما لم يَكُنْ له أصلٌ بالحِجازِ فى كَيْلٍ ولا وَزْنٍ ، ولا يُشْبِهُ[٢٨] ما جَرَى فيه العُرْفُ بذلك ، كالثِّيابِ ، والحَيَوانِ ، والمَعْدوداتِ من الجوزِ ، والبَيْضِ ، والرُّمَّانِ ، /والقِثَّاءِ ، والخِيارِ ، وسائِرِ الخَضْراواتِ ، والبُقول ، ١٦٥/٤ ظ والسَّفَرْجَلِ ، والتُّفَّاحِ ، والكُمَّثْرَى ، والخَوْخِ[٢٩] ، ونحوِها ، فهذه المَعْدوداتُ إذا اعْتَبَرْنا التماثُلَ فيها ، فإنَّه يُعْتَبَرُ التماثُلُ فى الوَزْنِ ؛ لأنَّه أَحْصَرُ . ذَكَرَهُ القاضى فى الفواكِهِ الرَّطْبَةِ ، وهو أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصحابِ الشَّافِعِىِّ ، والآخَرُ ، قالوا : يُعْتَبَرُ ما أمْكَنَ كَيْلُه بالكَيْلِ[٣٠] ؛ لأنَّ[٣١] الأَصْلَ الأعْيانُ الأَرْبَعَةُ ، وهى مَكِيلَةٌ ، ومن شأنِ الفَرْعِ أن يُرَدَّ إلى أصْلِه بِحُكْمِه ، والأصْلُ حُكْمُه تَحْريمُ التَّفاضُلِ بالكَيْلِ ،

---

(٢٤) الشَّيْرَج : زيت السمسم .

(٢٥) الدِّبْس : عسل التمر .

(٢٦) انظر ما تقدم فى : ٢٩٦/١ ، ٢٩٧ .

(٢٧) فى : باب النهى عن شراء ما فى بطون الأنعام وضروعها وضربة الغائص ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٠/٢ .

(٢٨) فى الأصل : « يشبهه » .

(٢٩) سقط من : م .

(٣٠) سقط من : « الأصل » .

(٣١) فى م : « ولأن » .

فكذلك يكونُ حُكْمُ فروعِها . ولنا ، أنَّ الوَزْنَ أَخْصَرُ ، فوَجَبَ اعْتِبارُه فى غيرِ المَكيلِ والمَوْزونِ ، كالذى لا يُمْكِنُ كَيْلُه ، وإنَّما اعْتُبِرَ الكَيْلُ فى المَنْصوصِ عليه ؛ لأنَّهُ يُقَدَّرُ به فى العَادَةِ ، وهذا بِخِلَافِه .

٧٠٩ ـ مسألة ؛ قال : (وَالتُّمُورُ كُلُّها جِنسٌ وَاحِدٌ[١] ، وَإِنِ اخْتَلَفتْ أَنْوَاعُهَا)

الجِنْسُ : هو الشَّامِلُ لأشياءَ مُخْتَلِفَةٍ بأنواعِها . والنَّوْعُ : الشَّامِلُ لأشياءَ مُخْتَلِفَةٍ بأشخاصِها . وقد يكونُ النَّوْعُ جِنْسًا بالنِّسْبَةِ إلى ما تحته ، نَوْعًا بالنِّسْبَةِ إلى ما فوقه ، والمُرادُ هنا ؛ الجِنْسُ الأَخَصُّ ، والنَّوْعُ الأَخَصُّ . فكلُّ نَوْعَيْنِ اجتمعا فى اسْمٍ خاصٍّ ، فهما جِنْسٌ ، كأنواعِ التَّمْرِ ، وأنواعِ الحِنْطَةِ . فالتُّمورُ كلُّها جِنْسٌ واحِدٌ ؛ لأنَّ الاسْمَ الخَاصَّ يَجْمَعُها ، وهو التَّمْرُ ، وإن كَثُرَتْ أنواعُه ، كالبَرْنِىِّ[٢] ، والمَعْقِلِىِّ[٣] ، والإِبْرَاهِيمِىِّ ، والخاستوىِّ[٤] ، وغَيْرِها . وكلُّ شَيْئَيْنِ اتَّفقا فى الجِنْسِ ثَبَتَ فيهما حُكْمُ الشَّرْعِ بتحريمِ التَّفَاضُلِ ، وإن اختلفَتِ الأنواعُ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « التَّمْرُ بالتَّمْرِ مِثْلًا بمِثْلٍ ، [٥]والبُرُّ بالبُرِّ مِثْلًا بِمِثْلٍ[٥] » . الحَدِيثُ بتَمَامِه[٦] . فاعْتَبَرَ المُساواةَ فى جِنْسِ التَّمْرِ بالتَّمْرِ ، والبُرِّ بالبُرِّ ، ثم قال : « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ »[٧] . وفى لَفْظٍ : [٨]« فإذَا اخْتَلَفَ الجِنْسَانِ فَبِيعُوا كيف شِئْتُمْ » . وفى لَفْظٍ[٨] : « إلَّا مَا اخْتَلَفَتْ أَلْوَانُه » .

---

(١) سقط من : م .

(٢) البرنى : نوع جيد من التمر ، مدور أحمر مشرب بصفرة .

(٣) فى النسخ : « العقلى » تحريف . والمعقلى نسبة إلى مَعْقِل بن يسار . انظر اللسان (ع ق ل) .

(٤) لم نعرفه .

(٥ ـ ٥) سقط من : الأصل .

(٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤ .

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٢ .

(٨ ـ ٨) سقط من : الأصل .

ولا خِلافَ بين أَهْلِ العِلْمِ عَلِمْناهُ فى وُجوبِ المُساواةِ فى التَّمْرِ بالتَّمْرِ ، وسائِرِ ما ذُكِرَ فى الخَبَرِ ، مع اتِّفاقِ الأنواعِ ، واخْتِلافِها .

فصل : فإن كان المُشْتَرِكانِ فى الاسْمِ الخاصِّ من أصلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ، فهما جِنْسانِ ؛ كالأدِقَّةِ ، والأخْبازِ ، والخُلولِ / ، والأدهانِ ، وعَصيرِ الأشياءِ المُخْتَلِفَةِ ، كلُّها أجناسٌ مُخْتَلِفَةٌ باختلافِ أُصولِها . وحُكِىَ عن أحْمَدَ ، أنَّ خَلَّ التَّمْرِ ، وخَلَّ العِنَبِ ، جِنْسٌ . وحُكِىَ ذلك عن مَالِكٍ ؛ لأنَّ الاسْمَ الخاصَّ يَجْمَعُهما . والصَّحِيحُ أنَّهما جِنْسانِ ؛ لأنَّهما من أصْلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ، فكانا جِنْسَيْنِ ، كَدَقيقِ الحِنْطَةِ ، ودَقيقِ الشَّعيرِ . وما ذُكِرَ لِلرِّوايةِ الأُخْرَى مُنْتَقِضٌ بسائِرِ فُروعِ الأُصولِ التى ذَكَرْناها . وكلُّ نَوْعٍ مَبْنِىٌّ على أصْلِه ، فإذا كانَ شَيْئانِ من أصْلَيْنِ فهما جِنْسانِ ، فزَيْتُ الزَّيْتُونِ ، وزَيْتُ البُطْمِ ، وزَيْتُ الفُجْلِ ، أجْنَاسٌ . ودُهْنُ السَّمَكِ ، والشَّيْرَجُ ، ودُهْنُ الجَوْزِ ، ودُهْنُ اللَّوْزِ ، والبَزْرِ ، أجْنَاسٌ . وعَسَلُ النَّحْلِ ، وعَسَلُ القَصَبِ ، جِنْسَانِ . وتَمْرُ النَّخْلِ ، وتَمْرُ الهِنْدِ ، جِنْسانِ . وكلُّ شَيْئَيْنِ أصلُهما واحِدٌ فهما جِنْسٌ واحِدٌ ، وإنِ اخْتَلَفَتْ مقاصِدُهما ؛ فدُهْنُ الوَرْدِ ، والبَنَفْسَجِ ، والزِّئْبَقِ ، ودُهْنُ اليَاسَمِينِ ، إذا كانت من دُهْنٍ واحِدٍ ، فهى جِنْسٌ واحِدٌ . وهذا الصَّحيحُ من مذهبِ الشَّافِعِىِّ ، وله قولٌ آخَرُ : لا يَجْرِى الرِّبا فيها ؛ لأنَّها لا تُقْصَدُ للأكْلِ . وقال أبو حنيفةَ : هى أجْناسٌ ؛ لأنَّ مَقاصِدَها مُخْتَلِفَةٌ . ولنا ، أنَّها كلَّها شَيْرَجٌ ، وإنَّما طُيِّبَتْ بهذه الرَّياحينِ ، فَنُسِبَتْ إليها ، فلم تَصِرْ أجناسًا ، كما لو طُيِّبَ سائِرُ أنواعِ الأجناسِ . وقَوْلُهم : لا تُقْصَدُ الرَّياحينُ للأكْلِ . قلنا : هى صَالِحَةٌ للأكْلِ ، وإنَّما تُعَدُّ لما هو أعْلَى منه ، فلا تَخْرُجُ عن كَوْنِها مَأْكولَةً بِصلاحِها لغيرِه . وقَوْلُهم : إنَّها أجْناسٌ . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّها من أصْلٍ واحِدٍ ، ويَشْمَلُها اسْمٌ واحِدٌ ، فكانت جِنْسًا ، كأنواعِ التَّمْرِ ، والحِنْطَةِ .

فصل : وقد يكونُ الجِنْسُ الواحِدُ مُشْتَمِلًا على جِنْسَيْنِ ، كالتَّمْرِ ، يَشْتَمِلُ على النَّوَى وغيرِه ، وهما جِنْسانِ ، واللَّبَنِ ، يَشْتَمِلُ على المَخِيضِ والزُّبْدِ ، وهما جِنْسانِ ، فما داما مُتَّصِلَيْنِ اتِّصالَ الخِلْقَةِ فهما جِنْسٌ واحِدٌ ، فإذا مُيِّزَ أحَدُهما من

١٦٦/٤ و

الآخرِ ، صَارا جِنسَيْنِ ، حُكْمُهما حُكْمُ الجِنسَيْنِ الأَصْلِيَّيْنِ .

فصل : فى بَيْعِ التَّمْرِ بالتَّمْرِ وفُروعِهِ ، يجوزُ بَيْعُ التَّمْرِ بالتَّمْرِ كَيْلًا بِكَيْلٍ بغيرِ خِلافٍ ، وسواءٌ تساوَيا فى الجَوْدَةِ والرَّداءَةِ ، وفى / كَوْنِهما يَنْكَبِسانِ فى المِكْيالِ ، أو اختلفا فى ذلك ، قيلَ لأحمدَ : صاعُ تَمْرٍ بِصاعِ تَمْرٍ ، وأحَدُ التَّمْرَيْنِ يَدْخُلُ فى المِكْيالِ منه أكْثَرُ ؟ فقال : إنَّما هو صاعٌ بصاعٍ . وذلك لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « التَّمْرُ بالتَّمْرِ مُدْىٌ بِمُدْيٍ » ثم قال : « مَنْ زادَ ، أو ازْدادَ ، فقد أَرْبَى »[9] . فإن كان فى كُلِّ واحِدٍ منهما نواهُ ، جازَ بَيْعُه مُتَساوِيًا بغيرِ خِلافٍ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قد عَلِمَ أنَّ التَّمْرَ يكونُ فيه النَّوَى . وإن نُزِعَ من كُلِّ واحِدٍ منهما نَوَاهُ ، جازَ أيضًا . وقال أصحابُ الشَّافِعِيِّ : لا يجوزُ فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّهما لم يَتَساوَيا فى حالِ الكَمالِ . ولأنَّه يَتَجافَى فى المِكْيالِ . ولنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « التَّمْرُ بالتَّمْرِ مُدْىٌ بِمُدْيٍ » . ولأنَّهما تَساوَيا فى الحالِ على وَجْهٍ لا يَنْفَرِدُ أَحَدُهما بالنُّقْصانِ ، فجازَ ، كما لو كان فى كُلِّ واحِدٍ منهما نَواهُ . ويَجوزُ بَيْعُ النَّوَى بالنَّوَى كَيْلًا لذلك . وإذا باعَ تَمْرًا مَنْزوعَ النَّوَى بِتَمْرٍ نَواهُ فيه ، لم يَجُزْ ؛ لاشْتِمالِ أحَدِهما على ما ليس من جِنْسِه دونَ الآخرِ . وإن نَزَعَ النَّوَى ، ثم باعَ النَّوَى والتَّمْرَ بِنَوًى وتَمْرٍ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه زالَتِ التَّبَعِيَّةُ بِنَزْعِهِ ، فصَارَ[10] كَبَيْعِ تَمْرٍ وحِنْطَةٍ بِتَمْرٍ وحِنْطَةٍ . وإن باعَ النَّوَى بِتَمْرٍ مَنْزُوعِ النَّوَى ، جازَ مُتَفاضِلًا ، ومُتَساوِيًا ؛ لأنَّهما جِنْسانِ . وإن باعَ النَّوَى بِتَمْرٍ نَواهُ فيه ، فعلى رِوايَتَيْنِ ؛ منَعَ منه فى رِوايةِ مُهَنَّا ، وأحمدَ بنِ القاسِمِ ؛ لأنَّ التَّمْرَ نَوًى ، فيَصير كَمُدٍّ عَجْوَةٍ ، وكما لو باعَ تَمْرًا فيه نَواهُ ، بِتَمْرٍ مَنْزُوعِ النَّوَى . وأجازَ ذلك فى رِوايةِ ابنِ مَنْصُورٍ ؛ لأنَّ النَّوَى فى التَّمْرِ غيرُ مَقْصُودٍ ، ولذلك جازَ بَيْعُ التَّمْرِ بالتَّمْرِ فى كُلِّ واحِدٍ منهما نَواهُ ، وصارَ هذا كَبَيْعِ دارٍ مُمَوَّهٍ سَقْفُهَا بالذَّهَبِ[11] .

١٦٦/٤ ظ

(٩) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤ .

(١٠) فى الأصل : « فكان » .

(١١) بعد هذا فى م زيادة : « يذهب » .

فعلى هذا يجوزُ بَيْعه مُتفاضِلًا ومُتَساوِيًا ؛ لأنَّ النَّوَى الذى[12] فى التَّمْرِ لا عِبْرَةَ به ، فصارَ كَبَيْعِ النَّوَى بِمَنْزُوعِ النَّوَى .

فصل : ويُصْنَعُ من التَّمْرِ الدِّبْسُ ، والخَلُّ ، والنَّاطِفُ[13] ، والقُطارَةُ[14] . ولا يَجوزُ بَيْعُ التَّمْرِ بشَىءٍ منها ؛ لأنَّ مع بَعْضِها من غيرِ جِنْسِه ، وبَعْضُها مائِعٌ ، والتَّمْرُ جامِدٌ . ولا يَجوزُ بَيْعُ النَّاطِفِ بعضِه بِبعضٍ ، ولا بغيره من المَصْنوعِ من التَّمْرِ ؛ لأنَّ معها شَيْئًا مَقْصُودًا من غيرِ[15] جِنْسِهما ، فيَنْزِلُ / مَنْزِلَةَ مُدِّ عَجْوَةٍ . ويجوزُ بَيْعُ القُطارَةِ ، والدِّبْسِ ، والخَلِّ ، كلُّ نَوْعٍ بعضِه بِبَعْضٍ مُتَساوِيًا . قال أحْمَدُ فى رِوايةِ مُهَنَّا ، فى خَلِّ الدَّقَلِ[16] : يَجوزُ بَيْعُ بَعْضِه بِبَعْضٍ مُتَساوِيًا . وذلك لأنَّ الماءَ فى كلِّ واحِدٍ منهما غيرُ مَقْصُودٍ ، وهو من مَصْلَحَتِه ، فلم يَمْنَعْ جَوازَ البَيْعِ ، كالخُبْزِ بالخُبْزِ ، والتَّمْرِ بالتَّمْرِ ، فى كلِّ واحِدٍ منهما نَواهُ . ولا يُباعُ نَوْعٌ بِنَوْعٍ آخَرَ ؛ لأنَّ فى كلِّ واحِدٍ منهما من غيرِ جِنْسِه يَقِلُّ ويَكْثُرُ ، فيُفْضِى إلى التَّفاضُلِ .

١٦٧/٤ و

فصل : والعِنَبُ كالتَّمْرِ فيما ذَكَرْناهُ ، إلَّا أنَّه لا يُباعُ خَلُّ العِنَبِ بِخَلِّ الزَّبِيبِ ؛ لِانْفِرادِ[17] كلِّ واحِدٍ منهما[17] بما ليس من جِنْسِهِ . ويجوزُ بَيْعُ خَلِّ الزَّبِيبِ بعضِهِ بِبعضٍ ، كما يجوزُ بَيْعُ خَلِّ التَّمْرِ بعضِهِ بِبعضٍ .

٧١٠ – مسألة ؛ قال : (وَالبُرُّ والشَّعِيرُ جِنْسَانِ)

هذا هو المذهبُ ، وبه يقولُ الثَّوْرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وعن أحمدَ ، أنَّهما جِنسٌ واحِدٌ . وحُكِىَ ذلك عن سَعْدِ بنِ أبى

---

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) النَّاطِف : السائل من المائعات ، وضرب من الحلوى يصنع من اللوز والجوز والفستق .

(١٤) القُطارة : ما قطر من الحب ونحوه .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) الدَّقَل : أردأ التمر .

(١٧ – ١٧) فى الأصل : « أحدهما » .

وَقَّاصٍ ، وعبدِ الرَّحمنِ بنِ الأسودِ بنِ عبدِ يَغوثَ[1] ، وابن مُعَيْقيبٍ الدَّوْسِيِّ[2] ، والحَكَمِ ، وحَمَّادٍ ، ومالِكٍ ، واللَّيْثِ ؛ لما رُوِىَ عن مَعْمَرِ بن عبدِ اللهِ ، أنَّه أرسلَ غُلامَهُ بصاعِ قَمْحٍ ، فقال : بِعْهُ ، ثم اشْتَرِ به شَعِيرًا . فذَهَبَ الغُلامُ ، فأخَذَ صاعًا وزِيادَةً بَعْضَ صَاعٍ ، فلمَّا جاء مَعْمَرًا ، أخْبَرَهُ بذلك ، فقال له مَعْمَرٌ : لِمَ فَعَلْتَ ذلك ؟ انطَلِقْ فَرُدَّه ، ولا تَأْخُذَنْ إلَّا مِثْلًا بمِثْلٍ ، فإنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهى عن بَيْعِ الطَّعَامِ بالطَّعَامِ إلَّا مِثْلًا بمِثْلٍ ، وكان طَعامُنا يَوْمَئِذٍ الشَّعيرَ . قيل : فإنَّه ليس بمثلِهِ . قال : إنِّي أخافُ أن يُضارِعَ[3] . أخرجَهُ مُسْلِمٌ[4] . ولأنَّ أحَدَهما يُغَشُّ بالآخَرِ ، فكانا كَنَوْعَيِ الجِنْسِ . ولنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « بِيعُوا البُرَّ بالشَّعِيرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ »[5] . وفى لَفْظٍ : « لَا بَأْسَ بِبَيْعِ البُرِّ بالشَّعِيرِ ، والشَّعِيرُ أكْثَرُهُما ، يَدًا بِيَدٍ ، وأمَّا نَسِيئَةً فلا »[6] ، وفى لَفْظٍ : « فإذَا اخْتَلَفَتْ هذه الأصْنَافُ فَبِيعُوا كيف شِئْتُمْ »[6] . وهذا صَرِيحٌ صَحِيحٌ ، لا يَجوزُ تَرْكُهُ بغيرِ مُعارِضٍ مِثْلِهِ ، ولأنَّهما لم يَشْتَرِكا فى الاسْمِ الخاصِّ ، فلم يكونا جِنسًا واحِدًا ، / كالتَّمْرِ ، والحِنْطَةِ ، ولأنَّهما مُسَمَّيانِ فى الأصْنافِ السِّتَّةِ ، فكانا جِنْسَيْنِ ، كسائِرِها . وحَديثُ مَعْمَرٍ لابُدَّ فيه من إضْمارِ الجِنْسِ ، بِدَليلِ سائِرِ أجْناسِ الطَّعامِ ، ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ الطَّعامَ المَعْهودَ عِنْدَهم ، وهو الشَّعيرُ ، فإنَّه قال فى الخَبَرِ : وكان طعامُنا يَوْمَئِذٍ الشَّعيرَ ، ثم لو كان

١٦٧/٤ ظ

---

(١) أبو محمد عبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث الزهرى المدنى ، ثقة من كبار التابعين . تهذيب التهذيب ١٣٩/٦ .

(٢) إياس بن الحارث بن معيقيب الدوسى ، حجازى ثقة ، روى عن جده معيقيب الصحابى ، تهذيب التهذيب ٣٨٧/١ .

(٣) يضارع : يشابه ويشارك .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٦ .

(٥) أخرجه النسائى ، فى : باب بيع البر بالبر ، وباب بيع الشعير بالشعير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤١/٧ ، ٢٤٢ . وابن ماجه ، فى : باب الصرف وما لا يجوز متفاضلا يدا بيد ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٧/٢ ، ٧٥٨ .

(٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٢ .

عامًّا لوَجَبَ تَقْديمُ الخاصِّ الصَّرِيحِ عليه ، وفِعْلُ مَعْمَرٍ وقَوْلُه لا يُعارَضُ به قولُ النَّبيِّ ﷺ ، وقِياسُهم يَنْتَقِضُ بالذَّهَبِ والفِضَّةِ .

فصل : فى الحِنْطَةِ وفُرُوعِها ، وفُرُوعُها نَوْعانِ ، أحَدُهما ، ما ليس فيه غيرُه ، كالدَّقِيق ، والسَّوِيق[7] . والثانى ، ما فيه غيرُه ، كالخُبْزِ ، والهَرِيسَةِ ، والفَالُوذَجِ[8] ، والنَّشاءِ ، وأشْباهِها . ولا يَجُوزُ بَيْعُ الحِنْطَةِ بشىءٍ من فُروعِها ، وهى ثلاثَةُ أقسامٍ : أحَدُها السَّوِيقُ ، فلا يَجوزُ بَيْعُه بالحِنْطَةِ ، وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وحُكِيَ عن مالِكٍ ، وأبى ثَوْرٍ جَوازُ ذلك ، مُتَماثِلًا ، ومُتَفاضِلًا . ولنا ، أنَّه بَيْعُ الحِنْطَةِ ببعضِ أجزائِها مُتَفاضِلًا ، فلم يَجُزْ ، كَبَيْعِ مَكُّوكِ[9] حِنْطَةٍ بمَكُّوكَىْ دَقِيقٍ ، ولا سَبيلَ إلى التَّماثُلِ ؛ لأنَّ النَّارَ قد أخَذَتْ من أحَدِهما دون الآخَرِ ، فأشْبَهَتِ المَقْلِيَّةَ . القسمُ الثانى ، ما معه غيرُه ، فلا يَجوزُ بَيْعُها به أيضًا . وقال أصحابُ أبى حَنيفَةَ : يَجوزُ ذلك ، بِناءً على مسألَةِ مُدِّ عَجْوَةٍ . وسَنَذْكُرُ الدَّليلَ على ذلك إن شاءَ اللهُ تعالى . القسمُ الثالثُ ، الدَّقِيقُ ، فلا يَجوزُ بَيْعُها به فى الصَّحيحِ . وهو مذهبُ سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، والحَسَنِ ، والحَكَمِ ، وحَمَّادٍ ، والثَّوْرِيِّ ، وأبى حَنيفَةَ ، ومَكْحُولٍ . وهو المَشْهُورُ عن الشَّافِعِيِّ . وعن أحْمَدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أنَّه جائِزٌ . وبهذا قال رَبيعَةُ ، ومالِكٌ . وحُكِيَ ذلك عن النَّخَعِيِّ ، وقَتادَةَ ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، وإسحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّ الدَّقِيقَ نَفْسُ الحِنْطَةِ ، وإنَّما تَكَسَّرَتْ أجْزاؤُها ، فجازَ بَيْعُ بعضِها ببعضٍ ، كالحِنْطَةِ المُكَسَّرَةِ[10] بالصِّحاحِ ، فعَلَى هذا إنَّما تُباعُ الحِنْطَةُ بالدَّقِيقِ وَزْنًا ؛ لأنَّها قد تَفَرَّقَتْ أجْزاؤُها بالطَّحْنِ وانْتَشَرَتْ ، فتأْخُذُ من المِكْيالِ مَكانًا كَبيرًا ، والحِنْطَةُ تَأْخُذُ مَكانًا صَغيرًا ، والوَزْنُ يُسَوِّى بينهما . وبهذا قال إسحاقُ . ولنا ، / أنَّ بَيْعَ الحِنْطَةِ بالدَّقِيقِ بَيْعٌ لِلْحِنْطَةِ بِجِنْسِها ١٦٨/٤ و

---

(٧) السَّوِيق : طعام يتخذ من مدقوق الحنطة والشعير .

(٨) الفالوذَج : حلواء هلامية رجراجة تعمل من الدقيق والماء والعسل ومواد أخرى .

(٩) المَكُّوك : مكيال قديم يختلف مقداره باختلاف اصطلاح الناس عليه فى البلاد .

(١٠) سقط من : الأصل .

مُتَفَاضِلًا ، فَحُرِّمَ ، كَبَيْعِ مَكِيلَةٍ بمَكِيلَتَيْنِ ؛ وذلك لأنَّ الطَّحْنَ قد فَرَّقَ أجْزاءَها . فَيَحْصُلُ فى مِكْيالِها دون ما يَحْصُلُ فى مِكْيالِ الحِنْطَةِ ، وإن لم يَتَحَقَّقِ التَّفاضُلُ ، فقد جُهِلَ التَّماثُلُ ، والجَهْلُ بالتَّماثُلِ كالعِلْمِ بالتَّفاضُلِ فيما يُشترطُ التَّماثُلُ فيه ، ولذلك لم يَجُزْ بَيْعُ بَعْضِها بِبَعْضٍ جُزافًا ، وتَسَاوِيهما فى الوَزْنِ لا يَلْزَمُ منه التَّساوِى فى الكَيْلِ ، والحِنْطَةُ والدَّقِيقُ مَكِيلَانِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ الكَيْلُ ، ولم يُوجَدْ ما ينقل عنه ، ولأنَّ الدَّقِيقَ يُشْبِهُ المَكِيلاتِ ، فكان مَكِيلًا ، كالحِنْطَةِ ، ثم لو كان مَوْزونًا ، لم يَتَحقَّقِ التَّساوِى بين المَكيلِ والمَوْزونِ ؛ لأنَّ المَكيلَ لا يُقَدَّرُ بالوَزْنِ ، كما لا يُقَدَّرُ المَوْزونُ بالكَيْلِ .

فصل : فأمَّا بَيْعُ بَعْضِ فُروعِها ببعضٍ ، فيَجوزُ بَيْعُ كلِّ واحِدٍ من الدَّقيقِ والسَّويقِ بنَوْعِه مُتَساوِيًا ، وبه قال أبو حنيفةَ . والمَشْهورُ عن الشَّافِعِىِّ المَنْعُ من ذلك ؛ لأنَّه يَعْتَبِرُ تَساوِيَهما حالةَ الكَمالِ ، وهو حالُ كَوْنِها حِنْطَةً ، وقد فاتَ ذلك ؛ لأنَّ أحَدَ الدَّقِيقَيْنِ قد يكونُ من حِنْطَةٍ رَزِينَةٍ ، والآخَرَ من حِنْطَةٍ[11] خَفِيفَةٍ ، فَيَسْتَوِيانِ دَقِيقًا ، ولا يَسْتَوِيانِ حِنْطَةً . ولنا ، أنَّهما تَساوَيا حالَ العَقْدِ على وَجْهٍ لا يَنْفَرِدُ أحَدُهُما بالنُّقْصانِ ، فجازَ ، كَبَيْعِ التَّمْرِ بالتَّمْرِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّما يُباعُ بعضُه بِبعضٍ كَيْلًا ؛ لأنَّ الحِنْطَةَ مَكِيلَةٌ ، ولم يُوجَدْ فى الدَّقيقِ والسَّوِيقِ ما يَنْقُلُهُما عن ذلك . ويُشْتَرَطُ أن يَتَساوَيا فى النُّعُومَةِ . ذَكَرَهُ أبو بكرٍ ، وغيرُه من أصحابِنا . وهو مذهبُ أبِى حنيفةَ ؛ لأنَّهما إذا تَفاوتا فى النُّعُومَةِ تفاوَتا فى ثانى الحالِ ، فيَصيرُ كَبَيْعِ الحِنْطَةِ بالدَّقيقِ . وذَكَرَ القاضى أنَّ الدَّقيقَ يُباعُ بالدَّقيقِ وَزْنًا . ولا وَجْهَ له ، وقد سَلَّمَ فى السَّوِيقِ أنَّه يُباعُ بالكَيْلِ ، والدَّقيقُ مِثْلُه . فأمَّا بَيْعُ الدَّقيقِ بالسَّوِيقِ ، فالصَّحيحُ أنَّه لا يَجوزُ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ . ورُوِىَ عن أحْمَدَ ، أنَّه يَجوزُ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما أجْزاءُ حِنْطَةٍ ليس معه غيرُه ، فأشْبَهَ الدَّقيقَ بالدَّقيقِ ، والسَّوِيقَ بالسَّوِيقِ . ١٦٨/٤ ظ / ولنا ، أنَّ النَّارَ قد أخَذَتْ من أحَدِهِمَا ، فلم يَجُزْ بَيْعُ بَعضِه بِبعضٍ ، كالمَقْلِيَّةِ

---

(١١) سقط من : الأصل .

بالنِّيئةِ . وَرُوِىَ عن مالِكٍ ، وأبى يوسفَ ، ومحمدٍ ، وأبى ثَوْرٍ ، أنَّه لا بَأْسَ بِبَيْعِ الدَّقيقِ بالسَّوِيقِ مُتَفاضِلًا ؛ لأنَّهما جِنْسانِ . ولنا ، أنَّهما أَجْزاءُ جِنْسٍ واحِدٍ ، فلم يَجُزِ التَّفاضُلُ بينهما ، كالدَّقيقِ مع الدَّقيقِ ، والسَّوِيقِ مع السَّوِيقِ[١٢] .

فصل : فأمَّا ما فيه غيرُه ، كالخُبْزِ ، وغيرِه ، فهو نَوْعانِ ؛ أَحَدُهُما ، أن يكونَ ما فيه مِنْ غيرِه غيرَ مَقْصودٍ فى نَفْسِه ، إنَّما جُعِلَ فيه[١٣] لِمَصْلَحَتِه ، كالخُبْزِ والنَّشاءِ ، فيَجُوزُ بَيْعُ كلِّ واحِدٍ منهما بنَوْعِه ، إذا تَساويا فى النَّشافَةِ ، والرُّطوبَةِ . ويُعْتَبَرُ التَّساوِى فى الوَزْنِ ؛ لأنَّه يُقَدَّرُ به فى العادَةِ ، ولا يُمْكِنُ كَيْلُه . وقال مالِكٌ : إذا تَحَرَّى أن يكونَ مِثْلًا بمِثْلٍ ، فلا بَأْسَ به ، وإن لم يُوزَنْ . وبه قال الأَوْزاعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ : لا بأْسَ به قُرْصًا بقُرْصَيْنِ . وقال الشَّافِعِىُّ : لا يجوزُ بَيْعُ بَعضِه ببعضٍ بحالٍ ، إلَّا أن يَيْبَسَ ، ويُدَقَّ دَقًّا نَاعِمًا ، ويُباعَ بالكَيْلِ ، ففيه قَوْلَانِ ؛ لأنَّه مَكيلٌ يَجِبُ التَّساوِى فيه ، ولا يُمْكِنُ كَيْلُه ، فتَعَذَّرَتِ المُساواةُ فيه ، ولأنَّ فى كلِّ واحِدٍ منهما من غيرِ جِنْسِه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه به[١٣] ، كالمَغْشُوشِ من الذَّهَبِ والفِضَّةِ ، وغَيْرِهما . ولنا ، على وُجُوبِ التَّساوِى ، أنَّه مَطْعُومٌ مَوْزونٌ ، فَحُرِّمَ التَّفاضُلُ فيهما ، كاللَّحْمِ ، واللَّبَنِ ، ومتى وَجَبَ التَّساوِى ، وَجَبَتْ مَعْرِفَةُ حَقِيقَةِ التَّساوِى فى المِعْيارِ الشَّرْعِىِّ ، كالحِنْطَةِ بالحِنْطَةِ ، والدَّقيقِ بالدَّقيقِ . ولنا على الشَّافِعِىِّ ، أنَّ مُعْظَمَ نَفْعِه فى حالِ رُطوبَتِه ، فجازَ بَيْعُه به ، كاللَّبَنِ باللَّبَنِ . ولا يَمْتَنِعُ أن يكونَ مَوْزونًا ، أَصْلُه غيرُ مَوْزونٍ ، كاللَّحْمِ ، والأَدْهانِ . ولا يَجوزُ بَيْعُ الرَّطْبِ باليابِسِ ؛ لانْفِرادِ أَحَدِهما بالنَّقْصِ فى ثانى الحالِ ، فأَشْبَهَ الرُّطَبَ بالتَّمْرِ . ولا يَمْنَعُ زِيادَةُ أَخْذِ النَّارِ من أحَدِهما أَكْثَرَ من الآخَرِ حالَ رُطوبَتِهما إذا لم يَكْثُرْ ؛ لأنَّ ذلك يَسيرٌ ، ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه ، أَشْبَهَ بَيْعَ الحَديثَةِ بالعَتيقَةِ . ولا يَلْزَمُ ما فيه

---

(١٢) فى م : « بالسويق » .

(١٣) سقط من : الأصل .

١٦٩/٤ و من المِلْحِ والماءِ ؛ لأنَّ ذلك ليس بمَقْصودٍ فيه ، ويُرادُ / لِمَصْلَحَتِه ، فهو كالمِلْحِ في الشَّيْرَجِ . وإن يَبِسَ الخُبْزُ ، فدُقَّ ، وجُعِلَ فَتِيتًا ، بِيعَ بِمِثْلِه كَيْلًا ؛ لأنَّه أمْكَنَ كَيْلُه ، فَرُدَّ إلى أصْلِه . وقال ابنُ عَقِيلٍ : فيه وجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يُباعُ بالوَزْنِ ؛ لأنَّه انْتَقَلَ إليه . النَّوْعُ الثانى ، ما فيه غيرُه ممَّا هو مَقْصودٌ ، كالهَرِيسَةِ ، والخَزِيرَةِ[١٤] ، والفَالُوذَجِ ، وخُبْزِ الأبازِيرِ ،والخُشْكَنَانِجِ[١٥] ، والسَّنْبُوسَكِ[١٦] ، ونحوِه ، فلا يَجوزُ بَيْعُ بَعضِه ببعضٍ ، ولا بَيْعُ نَوْعٍ بِنَوْعٍ آخَرَ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَشْتَمِلُ على ما ليس من جِنْسِه ، وهو مَقْصُودٌ ، كاللَّحْمِ فى الهَرِيسَةِ ، والعَسَلِ فى الفَالُوذَجِ والماءِ ، والدُّهْنِ فى الخَزِيرَةِ . ويَكْثُرُ التَّفاوُتُ فى ذلك ، فلا يَتَحَقَّقُ التَّماثُلُ فيه . وإذا لم يُمكِنِ التَّماثُلُ فى النَّوْعِ الواحِدِ ، ففى النَّوْعَيْنِ أوْلَى .

فصل : والحُكْمُ فى الشَّعيرِ وسائِرِ الحُبوبِ كالحُكْمِ فى الحِنْطَةِ . ويجوزُ بَيْعُ الحِنْطَةِ والمَصْنوعِ منها بغيرِها من الحُبوبِ والمَصْنوعِ منها ؛ لِعَدَمِ اشْتِراطِ المُماثَلَةِ بينهما . واللهُ أعْلَمُ .

٧١١ ــ مسألة ؛ قال : (وسَائِرُ اللُّحْمَانِ جِنسٌ واحِدٌ)

أرادَ جَميعَ اللَّحْمِ ، وجمَعَهُ ــ وهو اسْمُ جِنْسٍ ــ لاخْتِلافِ أنْواعِهِ . ظَاهِرُ كَلامِ الخِرَقِيِّ ، أنَّ اللَّحْمَ كُلَّه جِنسٌ واحِدٌ ، وذَكَرَهُ أبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، رِوايَةً عن أحمدَ . وهو قولُ أبِى ثَوْرٍ ، وأحدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ . وأنْكَرَ القاضى أبو يَعْلَى كَوْنَ هذا رِوايَةً عن أحمدَ ، وقال : الأنْعامُ ، والوُحوشُ ، والطَّيْرُ ، ودَوابُّ الماءِ ، أجْناسٌ يَجوزُ التَّفاضُلُ فيها رِوايَةً واحِدَةً ، وإنَّما فى اللَّحْمِ رِوايَتانِ ؛ إحداهُما ، أنَّه أرْبَعَةُ أجْناسٍ ، كما ذَكَرْنا . وهو مذهبُ مالِكٍ ، إلَّا أنَّه يَجْعَلُ الأنْعَامَ ، والوَحْشَ

(١٤) الخزيرة : لحم يقطَّع قطعا صغارا ، ثم يطبخ بماء كثير وملح ، فإذا اكتمل نضجه ذُرَّ عليه الدقيق وعصد به ، ثم أُدِم بإدام ما .

(١٥) الخُشكنانج : خبزة تصنع من خالص دقيق الحنطة وتملأ بالسكر واللوز والفستق وتقلى .

(١٦) السَّنبوسك : عجين معجون بالسمن يحشى باللحم المطبوخ البارد والجوز .

جِنْسًا واحِدًا ، فيكونُ عنده ثَلاثَةُ أصْنافٍ . والثانيةُ ، أنَّه أجْناسٌ باخْتِلافِ أُصولِهِ ، وهو قولُ أبي حنيفةَ ، وأحدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ ، وهى أصَحُّ ؛ لأنَّها فُروعُ أصولٍ هى أجْناسٌ ، فكانت أجناسًا ، كالأدِقَّةِ ، والأخْبازِ . وهذا اخْتِيارُ ابنِ عَقِيلٍ . واخْتِيارُ القَاضِى أنَّها أرْبَعَةُ أجْناسٍ . وحَمَلَ كَلامَ الخِرَقِيِّ عليها ، واحْتَجَّ بأنَّ لَحْمَ هذه الحَيَواناتِ تَخْتَلِفُ المَنْفَعَةُ بها ، والقَصْدُ إلى أكْلِها ، فكانت أجْناسًا . وهذا ضَعِيفٌ جدًّا ؛ لأنَّ كَوْنَها أجناسًا لَا يُوجِبُ / حَصْرَها فى أرْبَعَةِ أجْناسٍ ، ولا نَظِيرَ لهذا ، فيُقاسُ عليه . ولا يَصِحُّ حَمْلُ كَلامِ الخِرَقِيِّ عليه ؛ لِعَدَمِ احْتِمالِ لَفْظِه له ، وتَصْرِيحِه فى الأيْمَانِ بأنَّه إذا حَلَفَ لا يَأْكُلُ لَحْمًا فأكَلَ من لَحْمِ الأنْعامِ ، أو الطَّائِرِ ، أو السَّمَكِ ، حَنِثَ . فيَتَعَيَّنُ حَمْلُ كَلامِه على عُمومِهِ فى أنَّ جَميعَ اللَّحْمِ جِنْسٌ ؛ لأنَّه اشْتَرَكَ فى الاسْمِ الواحِدِ حالَ حُدُوثِ الرِّبَا فيه ، فكان جِنْسًا واحِدًا ، كالطَّلْعِ ، والصَّحِيحُ أنَّه أجْناسٌ باخْتِلافِ أُصولِه . وهذا الدَّلِيلُ يَنْتَقِضُ بالتَّمْرِ الهِنْدِيِّ والتَّمْرِ البَرْنِيِّ ، وعَسَلِ القَصَبِ وعَسَلِ النَّحْلِ ، وغيرِ ذلك . فعلى هذا ، لَحْمُ الإِبِلِ كُلُّه صِنْفٌ ، بَخاتيها وعِرابِها[1] ، والبقرُ عِرابُها وجَوامِيسُها صِنْفٌ ، والغَنَمُ ضَأْنُها ومَعْزُها صِنْفٌ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَكُونا صِنْفَيْنِ ؛ لأنَّ اللهَ تَعالَى سَمَّاها فى الأَزْواجِ الثَّمانِيَةِ فقال : ﴿ ثَمَانِيَةَ أَزْوَاجٍ مِنَ ٱلضَّأْنِ ٱثْنَيْنِ وَمِنَ ٱلْمَعْزِ ٱثْنَيْنِ ﴾[2] . فَفَرَّقَ بينهما ، كما فَرَّق بين الإِبِلِ والبَقَرِ ، فقال : ﴿ وَمِنَ ٱلْإِبِلِ ٱثْنَيْنِ وَمِنَ ٱلْبَقَرِ ٱثْنَيْنِ ﴾[3] . والوَحْشُ أصْنافٌ ؛ بَقَرُها صِنْفٌ ، وغَنَمُها صِنْفٌ ، وظِباؤُها صِنْفٌ ، وكُلُّ مالَه اسْمٌ يَخُصُّه فهو صِنْفٌ . والطُّيُورُ أصْنافٌ ، كلُّ ما انْفَرَدَ باسْمٍ وَصِفَةٍ فهو صِنْفٌ ، فيُباعُ لَحْمُ صِنْفٍ بِلَحْمِ صِنْفٍ آخَرَ ، مُتَفاضِلًا ومُتَماثِلًا ، ويُباعُ بِصِفَةٍ مُتماثِلًا ، ومن جَعَلَها صِنْفًا واحِدًا لم يَجُزْ عنده بَيْعُ لَحْمٍ بلَحْمٍ ، إلَّا مُتَماثِلًا .

١٦٩/٤ ظ

---

(١) البخاتى : الإبل الخراسانية . والعراب غيرها .

(٢) سورة الأنعام ١٤٣ .

(٣) سورة الأنعام ١٤٤ .

٧١٢ ـ مسألة ؛ قال : (**لَا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ رَطْبًا . وَيَجُوزُ إِذَا تَنَاهَى جَفَافُه مِثْلًا بمِثْلٍ**)

اخْتارَ الخِرَقِيُّ أنَّه لا يُباعُ بَعْضُه بِبَعْضٍ ، إلَّا فى حال جَفافِه وذَهابِ رُطُوبَتِه كلِّها . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وذَهَبَ أبو حَفْصٍ فى « شَرْحِهِ » إلى هذا . قال القاضِى : والمذهبُ : جَوازُ بَيْعِهِ ، ونَصَّ عليه . وقَوْلُه ، فى الرُّطَبِ بالرُّطَبِ بِجَوازِ البَيْعِ يُنَبِّهُ على إباحَةِ بَيْعِ اللَّحْمِ باللَّحْمِ[1] ، من حيثُ كان اللَّحْمُ ، حالَ كَمالِه ومُعْظَمَ نَفْعِه ، فى حال رُطُوبَتِه دون حالِ يُبْسه ، فجَرَى مَجْرَى اللَّبَنِ[2] بخِلافِ الرُّطَبِ ؛ فإنَّ حالَ كَمالِه ومُعْظَمَ نَفْعِه فى حال يُبْسِه ، فإذا جازَ فيه البَيْعُ ، ففى اللَّحْمِ أَوْلَى ، ولأنَّه قَصَدَ[3] التَّماثُلَ فيهما فى الحالِ على وَجْهٍ لا يَنْفَرِدُ أحَدُهُما بالنَّقْصِ ، فجازَ / كَبَيْعِ اللَّبَنِ باللَّبَنِ . فأمَّا بَيْعُ رَطْبِهِ بِيابِسِه ، أو نِيئِهِ بمَطْبُوخِه أو مَشْوِيِّهِ ، فغيرُ جائِزٍ ؛ لِانْفِرادِ أحَدِهِما بالنَّقْصِ فى الثانى ، فلم يَجُزْ ، كالرُّطَبِ بالتَّمْرِ .

١٧٠/٤ و

فصل : قال القاضِى : ولا يجوزُ بَيْعُ بَعْضِه بِبَعْضٍ إلَّا مَنْزُوعَ العِظامِ ، كما لا يجوزُ بَيْعُ العَسَلِ بالعَسَلِ إلَّا بعد التَّصْفِيَةِ . وهذا أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشَّافِعِىِّ . وكلامُ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، يَقْتَضِى الإباحَةَ مِن غيرِ نَزْعِ عِظامِه ولا جَفافِه ، قال فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ : إذا صارَ إلى الوَزْنِ مِثْلًا بمِثْلٍ ، رِطْلًا بِرِطْلٍ . فأَطْلَقَ ولم يَشْتَرِطْ شَيْئًا ؛ وذلك لأنَّ العَظْمَ تَابِعٌ لِلَّحْمِ بِأصْلِ الخِلْقَةِ ، فلم يَشْتَرِطْ نَزْعَهُ ، كالنَّوى فى التَّمْرِ . وفارَقَ العَسَلَ ، من حيث إنَّ اخْتِلاطَ الشَّمْعِ بالعَسَلِ من فِعْلِ النَّحْلِ ، لا من أصْلِ الخِلْقَةِ .

فصل : واللَّحْمُ والشَّحْمُ جِنْسانِ . والكَبِدُ صِنْفٌ . [4]والطِّحالُ صِنْفٌ[4] .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « اللحم باللحم » .

(٣) فى م : « وجد » .

(٤ ـ ٤) سقط من : الأصل .

والقَلْبُ صِنْفٌ ، والمُخُّ صِنْفٌ . ويَجوزُ بَيْعُ كُلِّ[٥] صِنْفٍ بِصِنْفٍ آخَرَ مُتَفاضِلًا .
وقال القاضى : لا يجوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بالشَّحْمِ . وكَرِهَ مالِكٌ ذلك ، إلَّا أن يَتماثلا .
وظاهِرُ المذهبِ ، إباحَةُ البَيْعِ فيهما مُتَماثِلًا ومُتَفاضِلًا ، وهو قولُ أبى حنيفةَ ،
والشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّهما جِنْسانِ ، فجازَ التَّفاضُلُ فيهما كالذَّهَبِ بالفِضَّةِ[٦] . وإن مَنَعَ
منه لِكَوْنِ اللَّحْمِ لا يَخْلُو من شَحْمٍ لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الشَّحْمَ لا يَظْهَرُ ، وإن كان
فيه شَىْءٌ فهو غيرُ مَقْصُودٍ ، فلا يَمْنَعُ البَيْعَ ، ولو مَنَعَ لذلك ، لم يَجُزْ بَيْعُ لَحْمٍ
بِلَحْمٍ ؛ لِاشْتِمالِ كلِّ واحِدٍ منهما على ما ليس من جِنْسِه . ثم لا يَصِحُّ هذا عند
القاضِى ؛ لأنَّ السَّمِينَ الذى يكونُ مع اللَّحْمِ لَحْمٌ عنده ، فلا يَتَصَوَّرُ اشْتِمالَ اللَّحْمِ
على الشَّحْمِ . وذَكَرَ القاضى أنَّ اللَّحْمَ الأَبْيَضَ الذى على ظَاهِرِ اللَّحْمِ الأَحْمَرِ ،
[٧]هو والأَحْمَرُ[٧] جِنْسٌ واحِدٌ ، وأنَّ الأَلْيَةَ والشَّحْمَ جِنْسَانِ . وظاهِرُ كلامِ
الخِرَقِىِّ خِلافُ هذا ؛ لِقَوْلِهِ : إنَّ اللَّحْمَ لا يَخْلُو من شَحْمٍ ، ولو لم يكن هذا شَحْمًا
لم يَخْتَلِطْ لَحْمٌ بِشَحْمٍ ، فعَلَى هذا[٨] ، كلُّ أَبْيَضَ فى الحَيَوانِ يَذُوبُ بالإِذابَةِ
ويَصِيرُ دُهْنًا ، فهو جِنْسٌ واحِدٌ . وهذا أصَحُّ ؛ لِقَوْلِه تعالى : ﴿ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ
شُحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا ﴾[٩] . فاسْتَثنى ما حَمَلَتِ الظُّهُورُ من
الشَّحْمِ ، ولأنَّه يُشْبِهُ الشَّحْمَ فى ذَوْبِه ولَوْنِه ومَقْصِدِه ، فكان / شَحْمًا ، كالذى
فى البَطْنِ . ٤/ ١٧٠ ظ

فصل : وفى اللَّبَنِ رِوايَتانِ ؛ إحْداهُما ، هو جِنْسٌ واحِدٌ ؛ لِمَا ذَكَرْنا فى اللَّحْمِ .
والثانيةُ ، هو أجْناسٌ باخْتِلافِ أُصُولِه كاللَّحْمِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وبه قال
مالِكٌ ؛ لأنَّ الأَنْعامَ كُلَّها جِنْسٌ واحِدٌ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : لَبَنُ البَقَرِ الأَهْلِيَّةِ والوَحْشِيَّةِ

---

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) فى م : « والفضة » .

(٧ – ٧) سقط من : الأصل .

(٨) فى م : « قوله » .

(٩) سورة الأنعام ١٤٦ .

جِنْسٌ واحِدٌ على الرِّواياتِ كلِّها ؛ لأنَّ اسْمَ البَقَرِ يَشْمَلُهُما . ولَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لأنَّ لَحْمَهُما[10] جِنْسَانِ ، فكان لَبَنُهما[11] جِنْسَيْنِ ، كالإِبِلِ والبَقَرِ . ويَجُوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ بغيرِ جِنْسِه ، مُتَفاضِلًا ، وكيف شَاءَ ، يَدًا بِيَدٍ ، وبِجنْسِه[12] مُتَماثِلًا كَيْلًا . قال القاضِى : هو مَكِيلٌ لا يُباعُ إلَّا بالكَيْلِ ؛ لأنَّه العادَةُ فيه . ولا فَرْقَ بين أنْ يكونا حَلِيبَيْنِ أو حامِضَيْنِ ، أو أحَدُهُما حَلِيبٌ ، والآخَرُ حامِضٌ ؛ لأنَّ تَغْيِيرَ الصِّفَةِ لا يَمْنَعُ جَوازَ البَيْعِ ، كالجَوْدَةِ والرَّداءَةِ . وإنْ شِيبَ أحَدُهُما بماءٍ ، أو غيرِه ، لم يَجُزْ بَيْعُه بِخالِصٍ ولا بِمَشُوبٍ من جِنْسِه ؛ لأنَّ معه مِن غيرِ جِنْسِه لغيرِ مَصْلَحَتِه[13] .

فصل : ويَتَفَرَّعُ من اللَّبَنِ قِسْمَانِ ؛ ما ليس فيه غيرُه كالزُّبْدِ ، والسَّمْنِ ، والمَخِيضِ ، واللِّبَإِ[14] . وما فيه غيرُه . وكِلاهُما لا يَجوزُ بَيْعُه باللَّبَنِ ؛ لأنَّه مُسْتَخْرَجٌ من اللَّبَنِ ، فلم يَجُزْ بَيْعُه بأَصْلِه الذى فيه منه ، كالحَيوانِ باللَّحْمِ ، والسِّمْسِمِ بالشَّيْرَجِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وعن أحمدَ ، أنَّه يجوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ بالزُّبْدِ ، إذا كان الزُّبْدُ المُنْفَرِدُ أكْثَرَ من الزُّبدِ فى اللَّبَنِ . وهذا يَقْتَضِى جَوازَ بَيْعِه به مُتَفاضِلًا ، ومَنْعَ جَوازِه مُتَماثِلًا . قال القاضِى : وهذه الرِّوايةُ لا تَخْرُجُ على المذهبِ ؛ لأنَّ الشَّيْئَيْنِ إذا دَخَلَهُما الرِّبَا ، لم يَجُزْ بَيْعُ أحَدِهما بالآخَرِ ، ومعه من غيرِ جِنْسِه ، كَمُدِّ عَجْوَةٍ ودِرْهَمٍ بِمُدَّيْنِ . والصَّحِيحُ أنَّ هذه الرِّوايَةَ دالَّةٌ على جَوازِ البَيْعِ فى مَسْأَلَةِ مُدِّ عَجْوَةٍ ، وكونُها مُخالِفَةً لِرِواياتٍ أُخَرَ لا يَمْنَعُ كَوْنَها رِوايَةً ، كسائِرِ الرِّوايَاتِ المُخالِفَةِ لغيرِها ، لكنَّها مُخَالِفَةٌ لِظاهِرِ المذهبِ . والحُكْمُ فى السَّمْنِ كالحُكْمِ فى الزُّبْدِ . وأمَّا اللَّبَنُ بالمَخِيضِ الذى فيه زُبْدُه ، فلا يجُوزُ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : اللَّبَنُ بالمَخِيضِ لا خَيْرَ فيه . ويَتَخَرَّجُ الجَوازُ كالتى قَبْلَها ،

---

(١٠) فى الأصل : « لحمها » .

(١١) فى الأصل : « لبنها » .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) فى الأصل : « مصلحة » .

(١٤) اللِّبَأُ ، كضِلَع : أول اللبن .

وأمَّا اللَّبَنُ باللِّبَأِ ، فإن كان قَبْلَ أن تَمَسَّهُ النارُ ، جازَ مُتَماثِلًا ؛ لأنَّه لَبَنٌ بِلَبَنٍ . وإن مَسَّتْهُ النارُ لم يَجُزْ ./ وذَكَرَ القاضِي وَجْهًا ، أنَّه يَجوزُ ، وليس بِصَحِيحٍ ؛ لأنَّ النارَ عَقَدَتْ أجْزاءَ أحَدِهما ، وذَهَبَتْ بِبَعْضِ رُطُوبَتِه ، فلم يَجُزْ بَيْعُهُ بما لم تَمَسَّه النارُ ، كالخُبْزِ بالعَجِينِ ، والمَقْلِيَّةِ بالنِّيئَةِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . وأمّا بَيْعُ النَّوْعِ من فُرُوعِ اللَّبَنِ بِنَوْعِه ، فما فيه خِلْطٌ من غيرِ اللَّبَنِ ، كالكَشْكِ والكامَخِ[15] ، ونحوِهما ، لا يجوزُ [16]بَيْعُ ذلك[16] بِنَوْعِه ولا بغيرِه ؛ لأنَّه مُخْتَلِطٌ بغيرِه ، فهو كَمسْأَلَةِ مُدِّ عَجْوَةٍ ، وما ليسَ فيه غيرُه ، أو فيه غيرُه ، إلَّا أنَّ ذلك الغَيْرَ لِمَصْلَحَتِه ، فيجوزُ بَيْعُ كلِّ نَوْعٍ منه بعضِه بِبَعْضٍ إذا تَساوَيا فى النَّشافَةِ والرُّطُوبَةِ ، فيَبِيعُ المَخِيضَ بالمَخِيضِ ، واللِّبَأَ باللِّبَأِ ، والجُبْنَ بالجُبْنِ ، والمَصْلَ[17] بالمَصْلِ ، والأَقِطَ بالأَقِطِ ، والزُّبْدَ بالزُّبْدِ ، والسَّمْنَ بالسَّمْنِ ، مُتَساوِيًا . ويُعْتَبَرُ التَّساوِى بين الأَقِطِ بالأَقِطِ[18] بالكَيْلِ ؛ لأنَّه قُدِّرَ بالصّاعِ فى صَدَقَةِ الفِطْرِ ، وهو يُشْبِهُ المَكِيلاتِ ، وكذلك المَصْلُ والمَخِيضُ . ويُباعُ الخُبْزُ بالخُبْزِ بالوَزْنِ ؛ لأنه مَوْزُونٌ ولا يمكن كَيْلُه ، فأشْبَهَ الخُبْزَ . وكذلك الزُّبْدُ والسَّمْنُ . ويَتَخَرَّجُ أن يُباعَ السَّمْنُ بالكَيْلِ . ولا يُباعُ ناشِفٌ من ذلك بِرَطْبٍ ، كما لا يباعُ الرُّطَبُ بالتَّمْرِ ، ويَحْتَمِلُ كَلامُ الخِرَقِيِّ أن لا يُباعَ رَطْبٌ من ذلك بِرَطْبٍ [19]كما فى اللَّحْمِ[19] . وأمَّا بَيْعُ ما نُزِعَ من اللَّبَنِ بِنَوْعٍ آخَرَ ، كالزُّبْدِ ، والسَّمْنِ ، والمَخِيضِ ، فظَاهِرُ المذهبِ ، أنّه يجوزُ بَيْعُ الزُّبْدِ والسَّمْنِ بالمَخِيضِ ، مُتَماثِلًا ومُتَفاضِلًا ؛ لأنَّهما جِنْسانِ ، وذلك ؛ لأنَّهما شَيْئانِ من أصْلٍ واحِدٍ ، أشْبَها اللَّحْمَ بالشَّحْمِ . ومِمَّنْ أجازَ بَيْعَ الزُّبْدِ بالمَخِيضِ الثَّوْرِيُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسْحاقُ . ولأنَّ اللَّبَنَ الذى فى الزُّبْدِ غيرُ مَقْصُودٍ ، وهو يَسِيرٌ ، فأشْبَه

١٧١/٤ و

---

(١٥) الكامخ ، كهاجر : إدام ، أو المخللات المشهية .

(١٦ – ١٦) فى م : « بيعه » .

(١٧) المصل : ما سال من الأقط إذا طبخ ثم عصر .

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩ – ١٩) فى م : « كاللحم » .

المِلْحَ فى الشَّيْرَجِ . وبَيْعُ السَّمْنِ بالمَخِيضِ ، أَوْلَى بالجَوازِ ؛ لِخُلُوِّ السَّمْنِ من المَخِيضِ . ولا يجوزُ بَيْعُ الزُّبْدِ بالسَّمْنِ ؛ لأنَّ فى الزُّبْدِ لَبَنًا يَسِيرًا ، ولا شَىْءَ فى السَّمْنِ ، فَيَخْتَلُّ التَّماثُلُ ، ولأنَّه مُسْتَخْرَجٌ من الزُّبْدِ ، فلم يَجُزْ بَيْعُه به ، كالزَّيْتُونِ بالزَّيْتِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وقال القاضِى : عندى يجوزُ ؛ لأنَّ اللَّبَنَ فى الزُّبْدِ غيرُ مَقْصودٍ ، فَوُجُودُه كَعَدَمِه ، ولذلك جَازَ بَيْعُه بالمَخِيضِ وبِزُبْدٍ مثله . وهذا لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ التَّماثُلَ واجبٌ بينهما ، وانْفِرادُ أَحَدِهِما بِوُجُودِ اللَّبَنِ فيه ، يُخِلُّ بالتَّماثُلِ ، فلم يَجُزْ بَيْعُه / به ، كَتَمْرٍ مَنْزُوعِ النَّوَى بِتَمْرٍ فيه نَواهُ ، ولأنَّ أَحَدَهُما يَنْفَرِدُ بِرُطُوبَةٍ لا تُوجَدُ فى الآخَرِ ، فأَشْبَه الرُّطَبَ بالتَّمْرِ ، والعِنَبَ بالزَّبِيبِ ، وكُلَّ رَطبٍ بِيابِسٍ من جِنْسِه . ولا يجوزُ بَيْعُ شَىْءٍ من الزُّبْدِ والسَّمْنِ والمَخِيضِ بشىءٍ من أَنْواعِ اللَّبَنِ ، كالجُبْنِ واللِّبَإِ ونَحْوِهِما ؛ لأنَّ هذه الأَنْواعَ لم يُنْتَزَعْ منها شَىْءٌ ، فيكونُ حُكْمُها حكمَ اللَّبَنِ الذى فيه زُبْدُه ، فلم يَجُزْ بَيْعُها ، كَبَيْعِ اللَّبَنِ بها . وأمَّا بَيْعُ الجُبْنِ بالأَقِطِ ، فلا يجوزُ مع رُطُوبَتِهِما ، أو رُطُوبَةِ أَحَدِهِما ، كما لا يَجُوزُ بَيْعُ الرُّطَبِ بالتَّمْرِ . وإنْ كانا يابِسَيْنِ احْتَمَلَ أنْ لا يجوزَ أيضًا ؛ لأنَّ الجُبْنَ مَوْزُونٌ والأَقِطَ مَكِيلٌ ، فلم يَجُزْ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بالآخَرِ ، كالخُبْزِ بالدَّقِيقِ ، ويَحْتَمِلُ الجَوازَ ، إذا تَماثَلا ، كَبَيْعِ الخُبْزِ بالخُبْزِ .

١٧١/٤ ظ

٧١٣ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوانِ)

لا يَخْتَلِفُ المذهبُ أنَّه لا يجوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بحَيَوانٍ من جِنْسِه . وهو مذهبُ مالِكٍ ، والشَّافِعِىِّ ، وقولُ فُقهاءِ المَدِينَةِ السَّبْعَةِ . وحُكِىَ عن مالِكٍ ، أنَّه لا يجوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بحَيَوانٍ مُعَدٍّ لِلَّحْمِ ، ويجوزُ بغَيْرِه . وقال أبو حنيفةَ : يَجُوزُ مُطْلَقًا ؛ لأنَّه باعَ مالَ الرِّبَا بما لا رِبَا فيه ، أشْبَه بَيْعَ اللَّحْمِ بالدَّراهِمِ ، أو بِلَحْمٍ من غير جِنْسِه . ولنا ، ما رُوِىَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بالحَيَوانِ . رواه مالِكٌ فى المُوَطَّأِ[1] ،

---

(١) فى : باب بيع الحيوان باللحم ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٥٥ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب بيع اللحم بالحيوان ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/٢٩٦ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣/٧١ .

عن زَيْدِ بن أسْلَمَ ، عن سَعِيدِ بن المُسَيَّبِ ، عن النَّبِيِّ ﷺ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : هذا أحسنُ أسانِيدِه . وَرُوِىَ عن[2] النَّبِيِّ ﷺ أنَّه[3] نَهَى أن يُبَاعَ حَيٌّ بِمَيِّتٍ . ذَكَرَه الإمامُ أحمدُ[4] . ورُوِىَ عن[3] ابنِ عَبَّاسٍ ، أنَّ جَزُورًا نُحِرَتْ ، فجاء رَجُلٌ بعَنَاقٍ[5] فقال : أعْطُونِى جُزْءًا بهذا العَنَاقِ . فقال أبو بكرٍ : لا يَصْلُحُ هذا . قال الشَّافِعِىُّ : لا أعْلَمُ مُخالِفًا لأبى بَكرٍ فى ذلك . وقال أبو الزِّنادِ : وكُلُّ من أدْرَكْتُ يَنْهَى عن بَيْعِ اللَّحْمِ بالحَيَوَانِ . ولأنَّ اللَّحْمَ نَوْعٌ فيه الرِّبَا بِيعَ بأصْلِه الذى فيه منه ، فلم يَجُزْ ، كَبَيْعِ السِّمْسِمِ بالشَّيْرَجِ . وبهذا فارَقَ ما قَاسُوا عليه . وأمَّا بَيْعُ اللَّحْمِ بحَيَوانٍ من غيرِ جِنْسِه ، فظاهِرُ كَلامِ أحمدَ والخِرَقِىِّ ، أنَّه لا يجوزُ ، فإنَّ أحمدَ سُئِلَ عن بَيْعِ الشَّاةِ باللَّحْمِ ، فقال : لا يَصِحُّ[6] ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى أنْ يُبَاعَ حَيٌّ بمَيِّتٍ . واخْتَارَ القاضِى جَوَازَهُ . وللشَّافِعِىِّ فيه قَوْلَان . واحْتَجَّ من مَنَعَهُ بعُمُومِ الأخْبارِ ، وبأنَّ اللَّحْمَ كُلَّهُ جِنْسٌ واحِدٌ . ومن أجازَهُ قال : مالُ الرِّبا بِيعَ بغيرِ أصْلِه ولا جِنْسِه ، فجازَ ، كما لو باعَهُ بالأثْمانِ . وإنْ باعَهُ بحَيَوانٍ غيرِ مَأْكُولِ اللَّحْمِ ، جَازَ ، فى ظاهِرِ قولِ أصْحابِنا . وهو قولُ عامَّةِ الفُقَهاءِ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ شَىْءٍ من مالِ الرِّبا بأصْلِه الذى فيه منه ، كالسِّمْسِمِ بالشَّيْرَجِ ، والزَّيْتُونِ بالزَّيْتِ ، وسائِرِ الأدْهانِ بأُصُولِها ، والعَصِيرِ بأصْلِه ، كَعَصِيرِ العِنَبِ ، والرُّمَّانِ ، والتُّفَّاحِ ، والسَّفَرْجَلِ ، وقَصَبِ السُّكَّرِ ، لا يُباعُ شَىْءٌ منها بأصْلِه . وبه قال الشَّافِعِىُّ وابنُ المُنْذِرِ . وقال أبو ثَوْرٍ : يجوزُ ؛ لأنَّ الأصْلَ مُخْتَلِفٌ ، والمَعْنَى مُخْتَلِفٌ . وقال أبو حنيفةَ : يجوزُ إذا عَلِمَ يَقِينًا أنَّ ما فى الأصْلِ من الدُّهْنِ

---

(2) فى الأصل : « أن » .

(3) سقط من : الأصل .

(4) وأخرجه البيهقي ، فى : باب بيع اللحم بالحيوان ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/٢٩٧ .

(5) العناق : الأنثى من أولاد المعز والغنم من حين الولادة إلى تمام حول .

(6) فى الأصل : « يصلح » .

والعَصِيرِ أَقَلُّ من المُنْفَرِدِ[7] ، وإنْ لم يَعْلَمْ ، لم يَجُزْ . ولنا ، أنَّه مالُ رِبًا بِيعَ بأَصْلِه الذى فيه منه ، فلم يَجُزْ ، كَبَيْعِ اللَّحْمِ بالحَيَوانِ ، وقد أَثْبَتْنا ذلك بالنصِّ .

فصل : فأمَّا بَيْعُ شَىْءٍ من هذه المُعْتَصَرَاتِ بِجِنْسِه ، فيجوزُ مُتماثِلًا . ويَجُوزُ بَيْعُه بغيرِ جِنْسِه مُتَفاضِلًا ، وكيف شاءَ ؛ لأنَّهما جِنْسانِ ، ويُعْتَبَرُ التَّساوِى فيهما بالكَيْلِ ؛ لأنَّه يُقَدَّرُ به ويُباعُ به عادَةً ، وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ، وسَوَاءٌ كانا مَطْبُوخَيْنِ أو نِيئَيْنِ . وقال أصْحابُ الشَّافِعِىِّ : لا يجوزُ بَيْعُ المَطْبُوخِ بِجِنْسِه ؛ لأنَّ النَّارَ تَعْقِدُ أجْزاءَهما ، فيَخْتَلِفُ ويُؤَدِّى إلى التَّفاضُلِ . ولنا ، أنَّهما مُتَساوِيانِ فى الحالِ ، على وَجْهٍ لا يَنْفَرِدُ أَحَدُهما بالنَّقْصِ . فأشْبَه النِّىءَ بالنِّىءِ . فأمَّا بَيْعُ النِّىءِ بالمَطْبُوخِ من جِنْسٍ واحِدٍ ، فلا يجوزُ ؛ لأنَّ أَحَدَهُما يَنْفَرِدُ بالنَّقْصِ فى ثانى الحالِ ، فلم يَجُزْ بَيْعُه به ، كالرُّطَبِ بالتَّمْرِ . وإن باعَ عَصِيرَ شَىْءٍ من ذلك بِثُفْلِه . فإن كانت فيه بَقِيَّةٌ من المُسْتَخْرَجِ منه ، لم يَجُزْ بَيْعُه به ، فلا يَجُوزُ بَيْعُ الشَّيْرَجِ بالكُسْبِ ، ولا الزَّيْتِ بِثُفْلِه الذى فيه بَقِيَّةٌ من الزَّيْتِ ، إلَّا على الرِّوايَةِ التى يجوزُ[8] فيها مَسْأَلَةُ مُدِّ عَجْوَةٍ . فإنْ لم يَبْقَ فيه شَىْءٌ من عَصِيرِه ، جازَ بَيْعُه به مُتَفاضِلًا ، ومُتَماثِلًا ؛ لأنَّهما جِنْسانِ .

فصل : وإنْ باعَ شَيْئًا فيه الرِّبا ، بَعْضَه بِبَعْضٍ ، ومَعهما ، أو مع أَحَدِهما من غيرِ جِنْسِه ، / كَمُدٍّ ودِرْهَمٍ بمُدٍّ ودِرْهَمٍ ، أو بمُدَّيْنِ ، أو بِدِرْهَمَيْنِ . أو باعَ شَيْئًا مُحَلًّى بجِنْسِ حِلْيَتِه ، فهذه المَسْأَلَةُ تُسَمَّى مَسْأَلَةَ مُدِّ عَجْوَةٍ . والمذهبُ أنَّه لا يجوزُ ذلك . نَصَّ على ذلك أحمدُ ، فى مَواضِعَ كَثِيرَةٍ ، وذَكَرَهُ قُدَماءُ الأصْحابِ ، قال ابنُ أبى مُوسَى فى السَّيْفِ المُحَلَّى والمِنْطَقَةِ والمَراكِبِ المُحَلَّاةِ بِجِنْسِ ما عليها : لا يَجُوزُ ، قَوْلًا واحِدًا . ورُوِىَ هذا عن سالِمِ بن عبدِ اللهِ ، والقاسِمِ بن محمدٍ ، وشُرَيْحٍ ، وابن سِيرِينَ . وبه قال الشَّافِعِىُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وعن أحمدَ ، رِوايَةٌ أُخرَى ، تَدُلُّ على أنَّه يجوزُ ، بِشَرْطِ أنْ يَكونَ المُفرَدُ أكْثَرَ من الذى

١٧٢/٤ ظ

(٧) فى الأصل : « المفرد » .

(٨) سقط من : م .

معه غيرُه ، أو يكونَ مع كلِّ واحِدٍ منهما من غيرِ جِنْسِه ، فإنَّ مُهَنَّا نَقَلَ عن أحمدَ فى[9] بَيْعِ الزُّبْدِ باللَّبَنِ ، يَجُوزُ ، إذا كان الزُّبْدُ المُنْفَرِدُ أكثرَ من الزُّبْدِ الذى فى اللَّبَنِ . ورَوَى حَرْبٌ ، قال : قلتُ لأحمدَ : دَفَعْتُ دِينارًا كُوفِيًّا ودِرْهَمًا ، وأخذْتُ دِينارًا شامِيًّا ، وَزْنُهما سَواءٌ ، لكنَّ الكُوفِىَّ أَوْضَعُ ؟ قال : لا يجوزُ ، إلَّا أنْ يَنْقُصَ الدِّينارَ ، فيُعْطِيَه بحِسابِه فِضَّةً . وكذلك رَوَى عنه محمدُ بنُ أبى حَرْبٍ الجَرْجَرائِىُّ[10] . ورَوَى المَيْمُونِىُّ أنَّه سَأَلَه : لا يَشْتَرِى السَّيْفَ والمِنْطَقَةَ حتى يفصِلَها ؟ فقال : لا يَشْتَرِيها حتى يَفصِلَها . إلَّا أنَّ هذا أَهْوَنُ من ذلك ؛ لأنَّه قد يَشْتَرِى أحَدَ النَّوْعَيْنِ بالآخرِ يفصِلُه[11] . وفيه غيرُ النَّوْعِ الذى يَشْتَرِى به ، فإذا كان مِن فَضْلِ الثَّمَنِ ، إلَّا أنَّ من ذَهَبَ إلى ظاهِرِ القِلادَةِ لا يَشْتَرِيه حتى يفصلَه . قيل له : فما تَقُولُ أنتَ ؟ قال : هذا مَوْضِعُ نَظَرٍ . وقال أبو داودَ : سَمِعْتُ أحمدَ سُئِلَ عن الدَّراهِمِ المُسَيَّبِيَّةِ[12] ، بعضُها صُفْرٌ وبعضُها فِضَّةٌ ، بالدَّراهِمِ ؟ قال : لا أقولُ فيه شيئًا ، قال أبو بكرٍ : رَوَى هذه المَسْأَلَةَ عن أبى عبدِ اللهِ خَمْسَةَ عَشَرَ نَفْسًا . كُلُّهُمُ اتَّفَقُوا على أنَّه لا يَجُوزُ حتى يفصِلَ ، إلَّا المَيْمُونِىَّ . ونَقَلَ مُهَنَّا كلامًا آخَرَ . وقال حَمَّادُ بنُ أبى سليمانَ ، وأبو حنيفةَ : يجوزُ . هذا كُلُّه إذا كان المُفْرَدُ أكْثَرَ من الذى معه غيرُه ، أو كان مع كُلِّ واحِدٍ منهما / مِن غيرِ جِنْسِه . وقال الحسنُ : ١٧٣/٤ و لا بَأْسَ بِبَيْعِ السَّيْفِ المُحَلَّى بالفِضَّةِ بالدَّراهِمِ . وبه قال الشَّعْبِىُّ والنَّخَعِىُّ ، واحْتَجَّ من أجازَ ذلك بأنَّ العَقْدَ إذا أمْكَنَ حَمْلُه على الصِّحَّةِ ، لم يُحْمَلْ على الفَسادِ ؛ لأنَّه لو اشْتَرَى لَحْمًا من قَصَّابٍ ، جازَ مع احْتِمالِ كَوْنِه مَيْتَةً . ولكنْ وَجَبَ حَمْلُه على أنَّه مُذَكًّى ، تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ . ولو اشْتَرَى من إنْسانٍ شيئًا ، جازَ ، مع احْتِمالِ كَوْنِه

---

(٩) فى م زيادة : « أن » .

(١٠) ترجمه ابن أبى يعلى ، فى طبقات الحنابلة ١/٣٣١ . وهو فى المطبوع منها : « محمد بن النقيب بن أبى حرب » ، وقال نقلا عن الخلال : كان أحمد يكاتبه ويعرف قدره ، عنده عن أبى عبد الله مسائل مشبعة كنت سمعتها منه .

(١١) فى الأصل : « يفصل » .

(١٢) فى الأصل : « المسيبتة » . والمسيبية : دراهم من ضرب الإسلام عامتها ذهب إلا شيئًا فيها فضة . معجم البلدان ١/٥١٩ ، ومسائل الإمام أحمد ، لأبى داود ١٩٥ ، ١٩٦ ، النقود العربية ، للكرملى ١٥٠ .

غيرَ مِلْكِه ، ولا إذْنَ له فى بَيْعِه ، تَصْحِيحًا لِلعَقْدِ أيضًا . وقد أمكن التَّصْحِيحُ هٰهُنا ، بِجَعْلِ الجِنْسِ فى مُقابَلَةِ غيرِ الجِنْسِ ، أو جَعْلِ غيرِ الجِنْسِ فى مُقابَلَةِ الزَّائِدِ على المِثْلِ . ولنا ، ما رَوَى فَضالَةُ بنُ عُبَيْدٍ ، قال : أُتِىَ النَّبِىُّ ﷺ بِقِلادَةٍ فيها ذَهَبٌ وخَرَزٌ ، ابْتاعَهَا رَجُلٌ بِتِسْعَةِ دَنَانِيرَ أو سَبْعَةِ دَنَانِيرَ . فقال النبىُّ ﷺ : « لَا ، حَتَّى تُمَيِّزَ بَيْنَهُمَا » . قال : فَرَدَّهُ حتى مَيَّزَ بينهما . رَواهُ أبو داودَ[13] . وفى لَفْظٍ رَواهُ[14] مُسْلِمٌ[15] . قال : فأَمَرَ رَسُولُ اللهِ ﷺ بالذَّهَبِ الذى فى القِلادَةِ فَنُزِعَ وَحْدَه ثم قال لهم رسولُ اللهِ ﷺ : « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ » . ولأنَّ العَقْدَ إذا جَمَعَ عِوَضَيْنِ مُخْتَلِفِي الجِنْسِ ، وَجَبَ أنْ يَنْقَسِمَ أحَدُهما على الآخَرِ ، على قَدْرِ قِيمَةِ الآخَرِ فى نَفْسِه ، فإذا اخْتَلَفَتِ القِيمَةُ اخْتَلَفَ ما يَأْخُذُه من العِوَضِ . بَيانُه ، أنّه إذا اشْتَرَى عَبْدَيْنِ ، قِيمَةُ أحَدِهما مِثْلُ نِصْفِ قِيمَةِ الآخَرِ بِعَشَرَةٍ ، كان ثَمَنُ أحَدِهما ثُلُثَيِ العَشَرَةِ ، والآخَرِ ثُلُثَها ، فلو رَدَّ أحَدَهُما بِعَيْبٍ ، رَدَّهُ بِقِسْطِه من الثَّمَنِ ، ولذلك إذا اشْتَرَى شِقْصًا[16] وسَيْفًا بِثَمَنٍ ، أخَذَ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ بِقِسْطِه من الثَّمَنِ ، فإذا فَعَلْنا هذا فِي مَنْ باعَ دِرْهَمًا ومُدًّا قِيمَتُه دِرْهمانِ ، بِمُدَّيْنِ قِيمَتُهُما ثلاثةٌ ، حصل الدِّرْهَمُ فى مُقابلةِ ثُلُثَىْ مُدٍّ . والمُدُّ الذى مع الدِّرْهَمِ فى مُقابَلَةِ مُدٍّ وثُلُثٍ ، فهذا إذا تَفاوَتَتِ القِيَمُ ، ومع التَّساوِى يُجْهَلُ ذلك ؛ لأنَّ التَّقْوِيمَ ظَنٌّ وتَخْمِينٌ ، والجَهْلُ بالتَّساوِى كَالعِلْمِ بِعَدَمِه فى بابِ الرِّبا ، ولذلك ، لم يَجُزْ بَيْعُ صُبْرَةٍ بِصُبْرَةٍ ، بالظَّنِّ والخَرْصِ . وقَوْلُهم : يَجِبُ تَصْحِيحُ العَقْدِ . ليس كذلك ، بل يُحْمَلُ

---

(13) فى : باب فى حلية السيف تباع بالدراهم ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٢٣ ، ٢٢٤ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب بيع القلادة فيها خرز وذهب ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١٢١٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى شراء القلادة وفيها ذهب وخرز ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٦٠ . والنسائى ، فى : باب بيع القلادة فيها الخرز والذهب بالذهب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٤٥ .

(14) فى م : « رواية » .

(15) فى : باب بيع القلادة فيها خرز وذهب ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١٢١٣

(16) الشقص ، بالكسر : السهم والنصيب .

على ما / يَقْتَضِيهِ من صِحَّةٍ وفَسادٍ . ولذلك لو باعَ بِثَمَنٍ وأطْلَقَ ، وفى البِلادِ نُقُودٌ بَطَلَ ، و لم يُحْمَلْ على نَقْدِ أقْرَبِ البِلَادِ إليه ، أمَّا إذا اشْتَرَى من إنْسانٍ شَيْئًا ، فإنّه يَصِحُّ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّه مِلْكُه ؛ لأنّ اليَدَ دَلِيلُ المِلْكِ . وإذا باعَ لَحْمًا فالظَّاهِرُ أنَّه مُذَكًّى ؛ لأنَّ المُسْلِمَ ، فى الظَّاهِرِ ، لا يَبِيعُ المَيْتَةَ . ١٧٣/٤ ظ

فصل : فأمَّا إنْ باعَ نَوْعَيْنِ من مُخْتَلِفِي القِيمَةِ من جِنْسٍ ، وبِنَوْعٍ واحِدٍ من ذلك الجِنْسِ ، كَدِينارٍ مَغْرِبِيٍّ ودِينَارٍ سابُورِيٍّ ، بِدِينَارَيْنِ مَغْرِبِيَّيْنِ ، أو دِينَارٍ صَحِيحٍ وَدِينارٍ قُراضَةٍ[17] ، بِدِينارَيْنِ صَحِيحَيْنِ ، أو قُراضَتَيْنِ ، أو حِنْطَةٍ حَمْراءَ وسَمْراءَ بِبَيْضَاءَ ، أو تَمْرًا بَرْنِيًّا ومَعْقِلِيًّا بِإبْرَاهِيمِيٍّ ، فإنّه يَصِحُّ . قال أبو بكرٍ : وأَوْمَأَ إليه أحمدُ . واخْتارَ القاضِي أبو يَعْلَى ، أنَّ الحُكْمَ فيها كالتى قبلَها . وهو مذهبُ مَالِكٍ والشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ العَقْدَ يَقْتَضِي انْقِسامَ الثَّمَنِ على عِوَضِه على حَسَبِ اخْتِلافِه فى قِيمَتِه كما ذَكَرْنا . ورُوِىَ عن أحمدَ مَنْعُ ذلك فى النَّقْدِ ، وتَجْوِيزُه فى الثَّمَنِ . نَقَلَهُ أحمدُ بن القاسِمِ ؛ لأنّ الأنْواعَ فى غيرِ الأثْمانِ يَكْثُرُ اخْتِلاطُها ، ويَشُقُّ تَمْيِيزُها ، فَعُفِيَ عنها بخِلافِ الأثْمانِ . ولنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ مِثْلًا بمِثْلٍ ، والفِضَّةُ بالفِضَّةِ مِثْلًا بمِثْلٍ » . الحديث[18] ، وهذا يَدُلُّ على إباحَةِ البَيْعِ عند وُجُودِ المُماثَلَةِ المُراعاةِ ، وهى المَماثَلَةُ فى المَوْزُونِ وَزْنًا وفى المَكِيلِ كَيْلًا ، ولأنَّ الجَوْدَةَ ساقِطَةٌ فى بابِ الرِّبَوِيَّاتِ ، فيما قُوبِلَ بِجِنْسِه ، فيما لو اتَّحَدَ النَّوْعُ فى كلِّ واحِدٍ من الطَّرَفَيْنِ ، فكذلك إذا اخْتَلَفَا ، واخْتِلافُ القِيمَةِ يَنْبَنِى على الجَوْدَةِ والرَّداءَةِ ؛ لأنَّه باعَ ذَهَبًا بِذَهَبٍ مُتَساوِيًا فى الوَزْنِ ، فصَحَّ ، كما لو اتَّفَقَ النَّوْعُ ، وإنَّما يُقْسَمُ العِوَضُ على المُعَوَّضِ فيما يَشْتَمِلُ على جِنْسَيْنِ ، أو فى غيرِ الرِّبَوِيَّاتِ ، بِدَلِيلِ ما لو باعَ نَوْعًا بِنَوْعٍ يَشْتَمِلُ على جَيِّدٍ ورَدِىءٍ .

---

(١٧) القراضة : ما سقط بالقرض ، ومنه قراضة الذهب .

(١٨) تقدم تخريجه فى صحفة ٥٤ .

فصل : وإنْ باعَ ما فيه الرِّبا بغيرِ جِنْسِه ، ومعه من جِنْسِ ما بِيعَ به ، إلَّا أنَّه غيرُ مَقْصُودٍ ، كدَارٍ مُمَوَّهٍ سَقْفُها بالذَّهَبِ ، جازَ . لا أعْلَمُ فيه خِلافًا . وكذلك لو باعَ دارًا بدارٍ مُمَوَّهٍ سَقْفُ كلِّ واحِدَةٍ منها بِذَهَبٍ أو فِضَّةٍ ، جازَ ؛ لأنَّ ما فيه الرِّبا غيرُ مَقْصُودٍ بِالبَيْعِ . فوُجُودُهُ[19] كعَدَمِهِ . وكذلك لو اشْتَرَى عَبْدًا له مالٌ ، فاشْتَرَطَ مالَه وهو من جِنْسِ الثَّمَنِ ، جازَ إذا كان المالُ غيرَ مَقْصُودٍ ، ولو اشْتَرَى عَبْدًا بِعبدٍ ، واشْتَرَطَ كلُّ واحِدٍ منهما مالَ العَبدِ الذى اشْتَراهُ ، جازَ إذا لم يَكُنْ مالُه مَقْصُودًا ؛ لأنَّه غيرُ مَقْصودٍ بالبَيْعِ ، فأشْبَه التَّمْوِيهَ فى السَّقْفِ ، ولذلك لا تُشْتَرَطُ رُؤْيَتُه فى صِحَّةِ البَيْعِ ولا لُزُومِه ، وإن باعَ شاةً ذاتَ لَبَنٍ بِلَبَنٍ ، أو عليها صُوفٌ بِصُوفٍ ، أو باعَ لَبُونًا بِلَبُونٍ ، وذاتَ صُوفٍ بِمِثْلِها ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحَدُهما ، الجَوازُ ، اخْتارَهُ ابنُ حامِدٍ ، وهو قولُ أبى حنيفةَ ، وسواءٌ كانتِ الشَّاةُ حَيَّةً أو مُذَكَّاةً ؛ لأنَّ ما فيه الرِّبا غيرُ مَقْصُودٍ ، فلم يمنع ، كالدَّارِ المُمَوَّهِ سَقْفُها . الثانى ، المَنْعُ ، وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه باعَ مالَ الرِّبا بأصْلِه الذى فيه منه ، أشْبَه الحَيَوانَ باللَّحْمِ ، والفَرْقُ بينهما ، أنَّ اللَّحْمَ فى الحَيوانِ مَقْصُودٌ بخِلافِ اللَّبَنِ ، ولو كانتِ الشَّاةُ مَحْلُوبَةَ اللَّبَنِ ، جازَ بَيْعُها بمِثْلِها وباللَّبَنِ وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ اللَّبَنَ لا أثَرَ له ، ولا يُقابِلُه شىءٌ من الثَّمَنِ ، فأشْبَه المِلْحَ فى الشَّيْرَجِ والخُبْزِ والجُبْنِ ، وحَبَّاتِ الشَّعِيرِ فى الحِنْطَةِ ، ولا نَعْلَمُ فيه أيضًا خِلافًا ، وكذلك لو كان اللَّبَنُ المُنْفَرِدُ من غيرِ جِنْسِ لَبَنِ الشَّاةِ ، جازَ بكلِّ حالٍ . ولو باعَ نَخْلَةً عليها تَمْرٌ بِتَمْرٍ ، أو بِنَخْلَةٍ عليها تَمْرٌ ، ففيه أيضًا وجهانِ ؛ أحَدُهُما ، الجَوازُ . اخْتارَهُ أبو بكرٍ ؛ لأنَّ التَّمْرَ غيرُ مَقْصُودٍ بالبَيْعِ . والثانى ، لا يَجوزُ . [20]ووَجْهُ الوَجْهَيْنِ[20] ما ذَكَرْناهُ فى المَسْألَةِ قبلَها . واخْتارَ القاضى أنَّه لا يجوزُ ، وفَرَّقَ بينهما وبين الشَّاةِ ذاتِ اللَّبَنِ ، بكَوْنِ الثَّمَرَةِ يَصِحُّ إفْرادُها بالبَيْعِ وهى مَعْلُومَةٌ ، بخِلافِ اللَّبَنِ فى الشَّاةِ ، وهذا الفَرْقُ غيرُ مُؤَثِّرٍ ، فإنَّ ما يَمْنَعُ

---

(١٩) فى م : « فوجدوه » . خطأ .

(٢٠ - ٢٠) فى م : « ووجهه الوجهان » .

إذا جازَ إفْرادُه يَمْنَعُ ، وإن لم يَجُزْ إفْرادُهُ ، كالسَّيْفِ المُحَلَّى يُباعُ بِجِنْسِ حِلْيَتِه ، ومالا يَمْنَعُ لا يَمْنَعُ ، وإن جازَ إفْرادُه ، كمالِ العَبْدِ .

فصل : وإن باعَ جِنْسًا فيه الرِّبا بِجِنْسِه ، ومع كلِّ واحِدٍ من غيرِ جِنْسِه غيرَ مَقْصُودٍ ، فذلك يَنْقَسِمُ أقْسامًا ؛ أحدُها ، أن يكونَ غيرُ المَقْصُودِ يَسِيرًا ، لا يُؤَثِّرُ فى كَيْلٍ ولا وَزْنٍ ، كالمِلْحِ فيما يُعْمَلُ فيه ، وحَبَّاتِ الشَّعِيرِ فى الحِنْطَةِ ، فلا يَمْنَعُ ؛ لأنَّه يَسِيرٌ / لا يُخِلُّ بالتَّماثُلِ ، وكذلك لو وُجِدَ فى أحَدِهما دونَ الآخَرِ ، لم يَمْنَعْ لذلك ، ولو باعَ ذلك بِجِنْسِ غيرِ المَقْصُودِ الذى معه ، مثلُ أن يَبِيعَ الخُبْزَ بالمِلْحِ ، جازَ ؛ لأنَّ وُجودَ ذلك كعَدَمِه . الثانى ، أن يكونَ غيرُ المَقْصُودِ كثيرًا ، إلَّا أنَّه لِمَصْلَحَةِ المَقْصُودِ ، كالماء فى خَلِّ التَّمْرِ ، والزَّبِيبِ ، ودِبْسِ التَّمْرِ ، فهذا يَجُوزُ بَيْعُ الشَّىْءِ منه بمِثْلِه ، ويُنَزَّلُ خِلْطُه مَنْزِلَةَ رُطوبَتِه ؛ لِكَوْنِه من مَصْلَحَتِه ، فلا يَمْنَعُ من بَيْعِه بما يُماثِلُه ، كالرُّطَبِ بالرُّطَبِ ، ولا يَجوزُ بَيْعُه بما ليس فيه خِلْطٌ ، كبَيْعِ خَلِّ العِنَبِ بخَلِّ الزَّبِيبِ ؛ لإفْضائِه إلى التَّفاضُلِ ، فجَرَى مجْرَى بَيْعِ التَّمْرِ بالرُّطَبِ ، ومَنَعَ الشَّافِعِىُّ ذلك كُلَّه إلَّا بَيْعَ الشَّيْرَجِ بالشَّيْرَجِ ؛ لِكَوْنِ الماءِ لا يَظْهَرُ فى الشَّيْرَجِ . الثالث ، أن يكونَ غيرُ المَقْصُودِ كَثِيرًا ، وليس من مَصْلَحَتِه ، كاللَّبَنِ المَشُوبِ بالماءِ ، والأثْمانِ المَغْشُوشَةِ بغيرِها ، فلا يَجُوزُ بَيْعُ بعضِها ببعضٍ ؛ لأنَّ خِلْطَهُ ليس من مَصْلَحَتِه ، وهو يُخِلُّ بالتَّماثُلِ المَقْصُودِ فيه ، وإن باعهُ بِجِنْسِ غيرِ المَقْصُودِ ، كَبَيْعِ الدِّينارِ المَغْشُوشِ بالفِضَّةِ بالدراهِمِ ، احتمَلَ الجوازَ ؛ لأنَّه يَبِيعُه بِجِنْسِ غيرِ مَقْصُودٍ فيه ، فأشْبَه بَيْعَ اللَّبَنِ بِشاةٍ فيها لبنٌ ، ويحتَمِلُ المنعَ بناءً على الوَجْهِ الآخَرِ فى الأَصْلِ . وإن باع دِينارًا مَغْشُوشًا بِمِثْلِه ، والغِشُّ منهما[21] مُتفاوِتٌ ، أو غيرُ مَعْلُومِ المِقْدارِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه يُخِلُّ بالتَّماثُلِ المَقْصُودِ . وإن عَلِمَ التَّساوِىَ فى الذَّهَبِ والعَيْنِ[22] الذى فيهما ، خُرِّجَ على الوَجْهَيْنِ ، أوْلاهُما الجَوازُ ؛ لأنَّهما

١٧٤/٤ ظ

---

(٢١) فى م : « فيها » .

(٢٢) فى م : « الغش » .

تَمَاثُلا فى المَقْصُودِ وفى غيرِه ، ولا يُفْضِى إلى التَّفاضُلِ بالتَّوْزِيعِ بالقِيمَةِ ؛ لِكَوْنِ الغِشِّ غيرَ مَقْصُودٍ ، فكأنه لا قِيمَةَ له .

فصل : ولو دَفَعَ إليه درهمًا ، فقال : أَعْطِنِى بِنِصْفِ هذا الدِّرهمِ نِصْفَ درهمٍ ، وبِنِصْفِه فُلُوسًا ، أو حاجَةً أُخْرَى . جَازَ ؛ لأنَّه اشْتَرَى نِصْفًا بِنِصْفٍ ، وهما مُتَساوِيانِ ، فصَحَّ ، كما لو دَفَعَ إليه دِرْهَمَيْنِ ، وقال : بِعْنِى بهذا الدرهمِ فُلُوسًا ، وأَعْطِنِى بالآخَرِ نِصْفَيْنِ . وإن قال : أَعْطِنِى بهذا الدِّرهمِ نِصْفًا وفُلُوسًا . جازَ أيضًا ؛ لأنَّ مَعْناهُ ذلك ، ولأنَّ ذلك لا يُفْضِى إلى التَّفاضُلِ بالتَّوْزِيعِ بالقِيمَةِ ؛ فإنَّ قِيمَةَ النِّصْفِ / الذى فى الدرهمِ ، كقِيمَةِ النِّصْفِ الذى مع الفُلُوسِ يَقِينًا ، وقِيمَةُ الفلُوسِ ، كَقِيمَةِ النِّصْفِ الآخَرِ ، سواءٌ . ١٧٥/٤ و

فصل : وما كان مُشْتَمِلًا على جِنْسَيْنِ بأصْلِ الخِلْقَةِ ، كالتَّمْرِ الذى اشْتَمَلَ على النَّوَى وما عليه ، والحَيَوانِ المُشْتَمِلِ على لَحْمٍ وشَحْمٍ وغيرِه ، وأشْباهِ ذلك ، فهذا إذا قُوبِلَ بِمِثْلِه ، جازَ بَيْعُه به ، ولا نَظَرَ إلى ما فيه ، فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ أجازَ بَيْعَ التَّمْرِ بالتَّمْرِ[٢٣] ، والحَيَوَانِ بالحَيَوَانِ[٢٤] . وقد عَلِمَ اشْتِمالَهُما[٢٥] على ما فيهما ، ولو باعَ ذلك بِنَوْعٍ غيرِ مَقْصُودٍ فيه ، كَبَيْعِ التَّمْرِ الذى فيه النَّوَى بالنَّوَى ، ففيه عن أحمدَ رِوَايَتانِ ، قد ذَكَرْناهما فيما مَضَى ، فأمَّا العسلُ قبل تَصْفِيَتِه ، فقال أصْحابُنا : لا يجوزُ بَيْعُ بَعْضِه بِبَعْضٍ ؛ لاشْتِمَالِه على عَسَلٍ وشَمْعٍ ، وذلك بِفِعْلِ النَّحْلِ ، فأشْبَهَ السَّيْفَ المُحَلَّى .

فصل : ويُحَرَّمُ الرِّبا فى دارِ الحَرْبِ ، كَتَحْرِيمِه فى دارِ الإِسْلامِ . وبه قال مالِكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، وأبو يوسفَ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسْحاقُ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَجْرِى الرِّبا

---

(٢٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤ .

(٢٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٥ .

(٢٥) فى م : « اشتمالها » .

بين مُسْلِمٍ وحَرْبِيٍّ فى دارِ الحَرْبِ . وعنه فى مُسْلِمَيْنِ أسْلَما فى دارِ الحَرْبِ ، لا رِبًا بينهما . لما رَوَى مَكْحُولٌ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لا رِبًا بين المُسْلِمِينَ وأهْلِ الحَرْبِ فى دَارِ الحَرْبِ »[٢٦] . ولأنَّ أمْوالَهُم مُباحَةٌ ، وإنما حَظَرَها الأمانُ فى دارِ الإسْلامِ ، فما لم يكن كذلك كان مُباحًا . ولنا ، قولُ اللهِ تَعالَى : ﴿ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[٢٧]. وقولُه : ﴿ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَانُ مِنَ ٱلْمَسِّ ﴾[٢٧] . وقال تَعالَى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[٢٨] . وعُمُومُ الأخْبارِ يَقْتَضِى تَحْرِيمَ التَّفاضُلِ . وقولُه : « مَنْ زَادَ أوِ ازْدَادَ فَقَدْ أرْبَى »[٢٩] . عَامٌّ ، وكذلك سائِرُ الأحَادِيثِ . ولأنَّ ما كان مُحَرَّمًا فى دارِ الإسْلامِ كان مُحَرَّمًا فى دارِ الحَرْبِ ، كالرِّبا بين المُسْلِمِينَ ، وخَبَرُهُم مُرْسَلٌ لا نَعْرِفُ صِحَّتَهُ ، ويَحتَمِلُ أنَّه أرادَ النَّهْىَ عن ذلك ، ولا يجوزُ تَرْكُ ما وَرَدَ بِتَحْرِيمِه القُرْآنُ ، وتَظَاهَرَتْ به السُّنَّةُ ، وانْعَقَدَ الإجْماعُ على تَحْرِيمِه ، بِخَبَرٍ مَجْهُولٍ ، لم يَرِدْ فى صَحِيحٍ ، ولا مُسْنَدٍ ، ولا كِتابٍ مَوْثُوقٍ به ، وهو مع ذلك مُرْسَلٌ مُحْتَمِلٌ . [٣٠] ويَحتَمِلُ أنَّ المُرادَ بقولِه : « لا رِبًا » . النَّهْىُ عن الرِّبا ، كقولِه : ﴿ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِى ٱلْحَجِّ[٣١] ﴾[٣٠] ، وما ذَكَروهُ من الإباحَةِ مُنْتَقِضٌ بالحَرْبِيِّ إذا دَخَلَ دارَ الإسْلامِ / ، فإنَّ مالَهُ مُباحٌ ، إلَّا فيما حَظَرَهُ الأمانُ ، ويُمْكِنُ حَمْلُه بين المُسْلِمِينَ على هَيْئَةِ[٣٢] التَّفاضُلِ ، وهو مُحَرَّمٌ بالإجْماعِ ، فكذا هٰهُنا .

١٧٥/٤ ظ

---

(٢٦) قال الزيلعى : غريب ، وأسند البيهقى فى كتاب السير عن الشافعى ، قال : قال أبو يوسف : إنما قال أبو حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثه عن مكحول ، عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لا ربا بين أهل الحرب » ، أظنه قال: «وأهل الإسلام» . قال الشافعى : وهذا ليس بثابت ، ولا حجة فيه انتهى كلامه . نصب الراية ٤٤/٤ .

(٢٧) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٢٨) سورة البقرة ٢٧٨ .

(٢٩) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤ .

(٣٠ – ٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) سورة البقرة ١٩٧ .

(٣٢) فى م : « هبة » .

٧١٤ – مسألة ؛ قال : (وإذا اشْتَرَى ذَهَبًا بِوَرِقٍ عَيْنًا بِعَيْنٍ ، فوَجَدَ أَحَدُهُمَا فيما اشْتَراهُ عَيْبًا ، فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ أنْ يَرُدَّ أو يَقْبَلَ ، إذَا كَانَ بِصَرْفِ يَوْمِهِ ، وَكَانَ الْعَيْبُ يَدْخُلُ[1] عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ)

مَعْنَى قولِه : « عَيْنًا بِعَيْنٍ » هو أن يقولَ : بِعْتُكَ هذا الدِّينارَ بهذه الدَّراهِمِ . ويُشِيرُ إليهما ، وهما حاضِرانِ ، وبغيرِ عَيْنِه ، أنْ يوقعَ العَقْدَ على مَوْصُوفٍ غيرِ مُشَارٍ إليه ، فيقولَ : بِعْتُكَ دينارًا مِصْرِيًّا بِعَشْرَةِ دراهمَ ناصِرِيَّةٍ . وإن وَقَعَ القَبْضُ فى المَجْلِسِ ، وقد يكون أحَدُ العِوَضَيْنِ مُعَيَّنًا دون الآخَرِ ، وكُلُّ ذلك جائِزٌ . والمَشْهُورُ فى المَذْهَبِ ، أنَّ النُّقُودَ تَتَعَيَّنُ بالتَّعْيِينِ فى العُقودِ ، فيَثْبُتُ المِلْكُ فى أعْيانِها ، فعلى هذا إذا تَبايَعا ذهبًا بِفِضَّةٍ مع التَّعْيِينِ فيهما ، ثم تَقابَضا ، فوَجَدَ أحَدُهُما بما قَبَضَهُ عَيْبًا ، لم يَخْلُ من قِسْمَيْنِ ؛ أحدُهما ، أن يَكُونَ العَيْبُ غِشًّا من غيرِ جِنْسِ المَبِيعِ ، مثل أن يَجِدَ الدَّراهِمَ رَصاصًا ، أو نُحاسًا ، أو فيه شيءٌ من ذلك ، أو الدِّينَارَ مَسْحًا ، فالصَّرْفُ باطِلٌ . نَصَّ عليه أحْمَدُ ، وهو قولُ الشَّافِعِىِّ ، وذَكَرَ أبو بكرٍ فيها ثَلاثَ رِواياتٍ ؛ إحداهن ، البَيْعُ باطِلٌ . والثانِيَةُ ، البَيْعُ صَحِيحٌ ؛ لأنَّ البَيْعَ وَقَعَ على عَيْنِه ، ولِلْمُشْتَرِى الخِيارُ بين الإمْساكِ ، أو الرَّدِّ ، وأَخْذِ البَدَلِ . والثالثة ، يَلْزَمُه العَقْدُ ، ولَيْسَ له رَدُّهُ ، ولا بَدَلُه . ولنا ، أنَّه باعَهُ غيرَ ما سَمَّى له ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بِعْتُكَ هذه البَغْلَةَ . فإذا هو حِمارٌ ، أو هذا الثَّوْبَ القَزَّ . فوَجَدَهُ كَتَّانًا . وأمَّا القولُ بأنَّه يَلْزَمُه المَبِيعُ ، فغيرُ صحيحٍ . فإنِ اشْتَرَى مَعِيبًا لم يَعْلَمْ عَيْبَه ، فلم يَلْزَمْه ذلك بغيرِ أَرْشٍ[2] ، كسائِرِ المَبِيعاتِ . ثم إنَّ أبا بكرٍ يقولُ فى مَنْ دَلَّسَ العَيْبَ : لا يَصِحُّ بَيْعُه مع وُجُودِ ذاتِ المُسَمَّى فى البَيْعِ . فهٰهُنا مع اخْتِلافِ[3] الذَّاتِ أوْلَى . القسمُ الثانى ، أن يكونَ العَيْبُ من جِنْسِه ، مثلُ كَوْنِ الفِضَّةِ سَوْدَاءَ ، أو خَشِنَةً تَتَفَطَّرُ عند

---

(١) فى الأصل : « ليس بدخيل » .

(٢) الأرش : ما نقص العيب من الشىء ، وما يدفع بين السلامة والعيب فى السلع .

(٣) فى الأصل : « اختلال » .

الضَّرْبِ ، أو سَكَّتِها مُخالِفَةً / لِسَكَّةِ السلطَانِ ، فالعَقْدُ صحيحٌ ، والمُشْتَرِى مُخَيَّرٌ ١٧٦/٤ و بين الإمْساكِ وبين فَسْخِ العَقْدِ والرَّدِّ ، وليس له البَدَلُ ؛ لأنَّ العَقْدَ واقِعٌ على عَيْنِه ، فإذا أخَذَ غيرَه ، أخَذَ ما لم يَشْتَرِه ، وإن قلنا : إنَّ النَّقْدَ لا يَتَعَيَّنُ بالتَّعْيِينِ فى العَقْدِ . فله أخْذُ البَدَلِ ، ولا يَبْطُلُ العَقْدُ ؛ لأنَّ الذى قَبَضَهُ ليس هو المَعْقُودَ عليه ، فأشْبَهَ السَّلَمَ إذا قَبَضَهُ ، فوَجَدَ به عَيْبًا . وإن كان العَيْبُ فى بَعْضِه ، فله رَدُّ الكُلِّ أو إمْساكُه . وهل له رَدُّ المَعِيبِ ، وإمْساكُ الصَّحِيحِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ ، والحُكْمُ فيما إذا كان العِوَضانِ من جِنْسٍ واحِدٍ ، كالحُكْمِ فى الجِنْسَيْنِ ، على ما ذَكَرْنا . لكن يَتَخَرَّجُ على قولِ من مَنَعَ بَيْعَ النَّوْعَيْنِ بِنَوْعٍ واحِدٍ من ذلك الجِنْسِ ، أنَّه إذا وَجَدَ بعضَ العِوَضِ مَعِيبًا ، أن يَبْطُلَ العَقْدُ فى الجَمِيعِ ؛ لأنَّ الذى يُقابِلُ المَعِيبَ أقَلُّ من الذى يُقابِلُ الصَّحِيحَ ، فيَصِيرُ كمَسْألَةِ مُدِّ عَجْوَةٍ . ومذهبُ الشَّافِعِىِّ مثلُ ما ذَكَرْنا فى هذا الفَصْلِ ، سواءٌ .

فصل : ولو أرادَ أخْذَ أرْشِ العَيْبِ ، والعِوَضانِ فى الصَّرْفِ من جِنْسٍ واحِدٍ ، لم يَجُزْ ؛ لِحُصُولِ الزِّيادَةِ فى أحَدِ العِوَضَيْنِ ، وفواتِ المُماثَلَةِ المُشْتَرَطَةِ فى الجِنْسِ الواحِدِ ، وخَرَّجَ القاضى وَجْهًا بِجَوازِ أخْذِ الأرْشِ فى المَجْلِسِ ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ طَرَأَتْ بعد العَقْدِ ، وليس لهذا الوَجْهِ وَجْهٌ . فإنَّ أرْشَ العَيْبِ من العِوَضِ ، يُجْبَرُ به فى المُرابَحَةِ ، ويأْخُذُ به الشَّفِيعُ ، ويَرُدُّ به[4] ، إذا رَدَّ المَبِيعَ بِفَسْخٍ ، أو إقالَةٍ ، ولو لم يَكُنْ من العِوَضِ ، فبأىِّ شىءٍ استَحَقَّهُ المُشْتَرِى ؟ فإنَّه ليس بِهِبَةٍ ، على أنَّ الزِّيادَةَ فى المَجْلِسِ من العِوَضِ ، ولو لم يكُنْ أرْشًا ، فالأرْشُ أوْلَى . وإن كان الصَّرْفُ بغيرِ جِنْسِه ، فله أخْذُ الأرْشِ فى المَجْلِسِ ؛ لأنَّ المُماثَلَةَ غيرُ مُعْتَبَرةٍ ، وتَخَلُّفُ قَبْضِ بعضِ العِوَضِ عن بعضٍ ما داما فى المَجْلِسِ ، لا يَضُرُّ ، فجازَ ، كما فى سائِرِ البَيْعِ ، وإن كان بعدَ التَّفَرُّقِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى حُصولِ التَّفَرُّقِ قبلَ القَبْضِ لأحدِ العِوَضَيْنِ ، إلَّا أن يَجْعَلا الأرْشَ من غيرِ جِنْسِ الثَّمَنِ ، كأنَّه أخَذَ أرْشَ عَيْبِ

---

(٤) سقط من : الأصل .

الفِضَّةِ قَفِيزَ حِنْطَةٍ . فيجوزُ ، وكذلك الحُكْمُ فى سائِرِ أمْوالِ الرِّبا فيما بِيعَ بجِنْسِه ، أو بغير جِنْسِه ، مما يُشْتَرَطُ فيه القَبْضُ ، فإذا / كان الأَرْشُ مِمَّا لا يُشْتَرَطُ قَبْضُه[٥] ، ١٧٦/٤ ظ
كمن باعَ قَفِيزَ حِنْطَةٍ بقَفِيزَىْ شَعِيرٍ ، فوَجَدَ أحَدُهما عَيْبًا فأخَذَ أرْشَه درهمًا ، جازَ ، وإن كان بعد التَّفَرُّقِ ؛ لأنَّه لم يَحْصُلِ التَّفَرُّقُ قبلَ قَبْضِ ما شُرِطَ[٦] فيه القَبْضُ .

فصل : قولُ الْخِرَقِىِّ : « إذا كانَ بصَرْفِ يَوْمِهِ » . يَعْنِى الرَّدُّ جائِزٌ ، ما لم يَنْقُصْ قِيمَةَ ما أخَذَهُ من النَّقْدِ عن قِيمَتِه يَوْمَ اصْطَرَفا ، فإن نَقَصَتْ قِيمَتُه ، كأن أخَذَ عَشَرَةً بدينارٍ ، فصارَتْ أحدَ عشرَ بدِينارٍ ، فظاهِرُ كَلامِ أحمدَ والخِرَقِىِّ ، أنَّه لا يَمْلِكُ الرَّدَّ ؛ لأنَّ المَبِيعَ تَعَيَّبَ فى يَدِهِ ؛ لِنَقْصِ قِيمَتِه ، وإن كانَتْ قِيمَتُه قد زادَتْ ، مثل أنْ صارَتْ تِسْعَةً بدينارٍ ، لم يَمْنَعِ الرَّدَّ ؛ لأنَّه زِيَادَةٌ ، وليس بِعَيْبٍ . والصَّحِيحُ أنَّ هذا لا يَمْنَعُ الرَّدَّ ؛ لأنَّ تَغَيُّرَ السِّعْرِ ليس بِعَيْبٍ ، ولهذا لا يُضْمَنُ فى الغَصْبِ ، ولا يَمْنَعُ من الرَّدِّ[٧] بالعَيْبِ فى القَرْضِ . ولو كان عَيْبًا ، فإنَّ ظاهِرَ المَذْهَبِ أنَّه إذا تَعَيَّبَ المَبِيعُ عندَ المُشْتَرِى ، ثم ظَهَرَ على عَيْبٍ قَدِيمٍ ، فله رَدُّهُ ، ورَدُّ أرْشِ العَيْبِ الحادِثِ عندَه ، وأخْذُ الثَّمَنِ .

فصل : وإن تَلِفَ العِوَضُ فى الصَّرْفِ بعد القَبْضِ ، ثم عَلِمَ عَيْبَه ، فَسَخَ العَقْدَ ، ورَدَّ المَوْجُودَ ، وتَبْقَى قِيمَةُ العَيْبِ فى ذِمَّةِ من تَلِفَ فى يَدِه ، فيَرُدُّ مِثْلَها ، أو عِوَضَها إنِ اتَّفَقا على ذلك ، سواءٌ كان الصَّرْفُ بِجِنْسِه أو بغيرِ جِنْسِه . ذَكَرَهُ ابن عَقِيلٍ ، وهو قولُ الشَّافِعِىِّ . قال ابن عَقِيلٍ : وقد رُوِىَ عن أحمدَ جَوازُ أخْذِ الأرْشِ ، والأوَّلُ أولَى ، إلَّا أن يَكُونا فى المَجْلِسِ ، والعِوَضانِ من جِنْسَيْنِ .

فصل : إذا عَلِمَ[٨] المُصْطَرِفانِ قَدْرَ العِوَضَيْنِ ، جاز أن يَتَبايعا بغيرِ وَزْنٍ . وكذلك لو أخْبَرَ أحَدُهما الآخَرَ بِوَزْنِ ما معه ، فصَدَّقَهُ ، فإذا باعَ دينارًا بدينارٍ كذلك ، وافْتَرَقا ، فوَجَدَ أحَدُهما ما قَبَضَهُ ناقِصًا ، بَطَلَ الصَّرْفُ ؛ لأنَّهما تَبايَعا

---

(٥) فى الأصل : « فيه » .

(٦) فى الأصل : « يشترط » .

(٧) فى الأصل بعد هذا : « ولا من الرد » .

(٨) فى الأصل : « عرف » .

ذَهَبًا بِذَهَبٍ مُتَفاضِلًا ، فإن وجَدَ أحدُهما فيما قَبَضَهُ زِيادَةً على الدِّينَارِ ، نَظَرْتَ فى العَقْدِ ، فإن كان قال : بِعْتُكَ هذا الدِّينارَ بهذا . فالعَقْدُ باطِلٌ ؛ لأنَّه باعَ ذَهَبًا بِذَهَبٍ مُتَفاضِلًا ، وإن قال : بِعْتُكَ دينارًا بِدينارٍ . ثم تَقابَضا ، كان الزَّائِدُ فى يَدِ القابِضِ مُشاعًا مَضْمُونًا لِمالِكِه ؛ / لأنَّه قَبَضَهُ على أنَّه عِوَضٌ ، ولم يَفْسُدِ العَقْدُ ؛ لأنَّه إنَّما باعَ دِينارًا بِمِثْلِه ، وإنَّما وَقَعَ القَبْضُ لِلزِّيادَةِ على المَعْقُودِ عليه ، فإن أرادَ دَفْعَ عِوَضِ الزَّائِدِ ، جازَ ، سواءٌ كان من جِنْسِه ، أو من غيرِ جِنْسِه ؛ لأنَّه مُعاوَضَةٌ مُبْتَدَأَةٌ ، وإن أرادَ أحَدُهُما الفَسْخَ ، فله ذلك ؛ لأنَّ آخِذَ الزَّائِدِ وَجَدَ المَبِيعَ مُخْتَلِطًا بغيرِه مَعِيبًا بِعَيْبِ الشَّرِكَةِ ، ودَافِعُه لا يَلْزَمُه أخْذُ عِوَضِه ، إلَّا أن يكونَ فى المَجْلِسِ ، فيَرُدَّ الزَّائِدَ ، ويَدْفَعَ بَدَلَهُ . ولو كان لِرَجُلٍ على رَجُلٍ عشرةُ دنانيرَ ، فوَفَّاهُ عشرةً عَدَدًا ، فوَجَدَها أحَدَ عَشَرَ ، كان هذا الدِّينارُ الزَّائِدُ فى يَدِ القابِضِ مُشاعًا مَضْمُونًا لِمَالِكِه ؛ لأنَّه قَبَضَهُ على أنَّه عِوَضٌ عن مالِه ، فكان مَضْمُونًا بهذا القَبْضِ ، ولِمالِكِه التَّصَرُّفُ فيه كيف شاءَ .

177/4 و

فصل : والدَّراهِمُ والدَّنانِيرُ تَتَعَيَّنُ بالتَّعْيِينِ فى العَقْدِ[9] ، بمَعْنَى أنَّه يَثْبُتُ المِلْكُ بالعَقْدِ فيما عَيَّنَاهُ ، ويَتَعَيَّنُ عِوَضًا فيه ، فلا يجوزُ إبْدالُه ، وإن خَرَجَ مَغْصُوبًا ، بَطَلَ العَقْدُ . وبهذا قال مالِكٌ والشَّافِعِىُّ . وعن أحمدَ ، أنَّها لا تَتَعَيَّنُ بالعَقْدِ ، فيجوزُ إبْدالُها ، ولا يَبْطُلُ العَقْدُ بِخُرُوجِها مَغْصُوبَةً . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه يَجُوزُ إطْلاقُها فى العَقْدِ ، فلا تَتَعَيَّنُ بالتَّعْيِينِ فيه ، كالمِكْيَالِ والصَّنْجَةِ . ولنا ، أنَّه عِوَضٌ فى عَقْدٍ ، فيَتَعَيَّنُ بالتَّعْيِينِ كسائِرِ الأعْواضِ ، ولأنَّه أحَدُ العِوَضَيْنِ فيَتَعَيَّنُ[10] كالآخَرِ ، ويُفارِقُ ما ذَكَرُوهُ ، فإنَّه ليس بِعِوَضٍ ، وإنَّما يُرادُ لتَقْدِيرِ العُقُودِ عليه ، وتَعْرِيفِ قَدْرِه ، ولا يَثْبُتُ فيها المِلْكُ بحالٍ ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنا .

---

(9) فى م : « النقد » .

(10) فى م : « فيتعين بالتعين » .

٧١٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَبَايَعَا ذٰلِكَ بِغَيْرِ عَيْنِهِ ، فَوَجَدَ أَحَدُهُمَا فِيمَا اشْتَرَاهُ عَيْبًا ، فَلَهُ الْبَدَلُ ، إِذَا كَانَ الْعَيْبُ لَيْسَ بِدَخِيلٍ عَلَيْهِ مِنْ غيرِ جِنْسِهِ ، كَالْوُضُوحِ فِي الذَّهَبِ والسَّوَادِ فِي الفِضَّةِ)

يعنى اصْطَرَفا فى الذِّمَّةِ ، نحوُ أن يقولَ : بِعْتُكَ دينارًا مِصْرِيًّا بعشرةِ دراهمَ . فيقولُ الآخَرُ : قَبِلْتُ . فيَصِحُّ البَيْعُ[1] ، سواءٌ كانت الدَّراهِمُ والدَّنانيرُ عندهما ، أو لم يَكُونا ، إذا تَقابَضا قبل الافْتِراقِ ، بأن يَسْتَقْرِضا أو غيرَ ذلك . وبهذا قال أبو حنيفةَ والشَّافِعِىُّ . وحُكِىَ عن مالِكٍ ، لا يجوزُ الصَّرْفُ ، إلَّا أن تكونَ العَيْنانِ / حاضِرَتَيْنِ . ‏٤/١٧٧ ظ وعنه ، لا يجوزُ حتى تَظْهَرَ إحْدَى العَيْنَيْنِ ، وتُعَيَّنَ . وعن زُفَرَ مثلُه ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « لَا تَبِيعُوا غَائِبًا مِنْهَا بِنَاجِزٍ »[2] . ولأنَّه إذا لم يُعَيَّنْ أحَدُ العِوَضَيْنِ ، كان بَيْعَ دَيْنٍ بِدَيْنٍ ، وهو غيرُ جائِزٍ . ولنا ، أنَّهما تَقابَضا فى المَجْلِسِ ، فَصَحَّ ، كما لو كانا حاضِرَيْنِ . والحَدِيثُ يُرادُ به أن لا يُباعَ عاجِلٌ بآجِلٍ ، أو مَقْبُوضٌ بغير مَقْبُوضٍ ؛ بدَلِيلِ ما لو عَيَّنَ أحَدَهما ، فإنَّه يَصِحُّ ، وإن كان الآخَرُ غائِبًا ، والقَبْضُ فى المَجْلِسِ يَجْرِى مَجْرَى القَبْضِ حالَةَ العَقْدِ ، ألا تَرَى إلى قولِه : « عَيْنًا بِعَيْنٍ »[3] . « يَدًا بِيَدٍ »[3] . والقَبْضُ يَجْرِى فى المَجْلِسِ ، كذا التَّعْيِينُ . فإذا ثَبَتَ هذا ، فلا بُدَّ من تَعْيِينِهما بالتَّقابُضِ فى المَجْلِسِ ، ومتى تَقابَضا ، فوَجَدَ أحَدُهما بما قَبَضَه عَيْبًا قبلَ التَّفَرُّقِ ، فلَهُ المُطالَبَةُ بالبَدَلِ ، سواءٌ كان العَيْبُ من جِنْسِه ، أو مِن غيرِ جِنْسِه ؛ لأنَّ العَقْدَ وَقَعَ على مُطْلَقٍ ، لا عَيْبَ فيه ، فله المُطالَبَةُ بما وَقَعَ عليه العَقْدُ ، كالمُسْلَمِ فيه . وإن رَضِيَهُ بِعَيْبِه ، والعَيْبُ من جِنْسِه ، جازَ ، كما لو رَضِىَ بالمُسْلَمِ فيه مَعِيبًا ، وإنِ اخْتارَ أخْذَ الأرْشِ[4] ، فإن كان العِوَضانِ من جِنْسٍ واحِدٍ ، لم يَجُزْ ؛ لإفْضائِه

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٣ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤ .

(٤) فى الأصل : « أرشه » .

إلى التَّفاضُلِ فيما يُشْتَرَطُ فيه التَّماثُل ، وإن كانا من جِنْسَيْنِ ، جازَ . فأمَّا إن تَقابَضا وافْتَرَقا ، ثم وَجَدَ العَيْبَ من جِنْسِه ، فله إبْدالُه فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ . اخْتارَها الخَلَّالُ ، والخِرَقِىُّ . ورُوِىَ ذلك عن الحسنِ ، وقَتادَةَ . وبه قال أبو يوسفَ ومحمدٌ ، وهو أحدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ ما جازَ إبْدالُهُ قبلَ التَّفرُّقِ ، جازَ بعدَه ، كالمُسْلَمِ فيه . والرِّوايَةُ الثانيةُ ، ليس له ذلك ، وهو قولُ أبى بكرٍ ، ومذهبُ أبى حنيفةَ ، والقولُ الثانى للشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه يَقْبِضُه بعد التَّفرُّقِ ، ولا يجوزُ ذلك فى الصَّرْفِ ، ومَن صار إلى الرِّوايَةِ الأُولَى قال : قَبْضُ الأَوَّلِ صَحَّ به العَقْدُ ، وقَبْضُ الثانى يَدُلُّ على الأَوَّلِ . ويُشْتَرَطُ أن يأْخُذَ البَدَلَ فى مَجْلِسِ الرَّدِّ ، فإن تَفَرَّقا من غيرِ قَبْضٍ بَطَلَ العَقْدُ ، وإن وَجَدَ البَعْضَ رَدِيئًا فرَدَّهُ ، فعلَى الرِّوايَةِ الأُولَى ، له البَدَلُ ، وعلى الثَّانيةِ ، يَبْطُلُ فى المَرْدُودِ . وهل يَصِحُّ فيما لم يَرُدَّ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ ، ولا فَرْقَ بين كونِ المَبِيعِ / من جِنْسٍ أو من جِنْسَيْنِ . وقال مالِكٌ : إن وَجَدَ درهمًا زَيْفًا فرَضِىَ به ، جازَ ، وإن رَدَّهُ ، انْتَقَضَ الصَّرْفُ فى دِينارٍ ، وإن رَدَّ أحدَ عشرَ درهمًا ، انْتَقَضَ الصَّرْفُ فى دينارينِ ، وكلَّما زادَ على دينارٍ ، انْتَقَضَ الصَّرْفُ فى دينارٍ آخَرَ . ولَنا ، أنَّ ما لا عَيْبَ فيه لم يُرَدَّ ، فلم يَنْتَقِضِ الصَّرْفُ فيما يُقابِلُه ، كسائِرِ العِوَضِ . وإنِ اخْتارَ واجدُ العَيْبِ الفَسْخَ ، فعلَى قَوْلِنا له البَدَلُ ، ليس له الفَسْخُ إذا أَبْدَلَ له ؛ لأنَّه يُمكنُه أخْذُ حَقِّه غيرَ مَعِيبٍ ، وعلى الرِّوايَةِ الأُخْرَى ، له الفَسْخُ ، أو الإمْساكُ فى الجَمِيعِ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ عليه الوُصُولُ إلى ما عَقَدَ عليه مع إبْقاءِ العَقْدِ . فإنِ اخْتارَ أَخْذَ أَرْشِ العَيْبِ بعد التَّفرُّقِ ، لم يكُنْ له ذلك ؛ لأنَّه عِوَضٌ يَقْبِضُه بعد التَّفرُّقِ عن الصَّرْفِ ، إلَّا على الرِّوايَةِ الأُخْرَى .

١٧٨/٤ و

فصل : ومِنْ شَرْطِ المُصارَفَةِ فى الذِّمَّةِ ، أن يكونَ العِوَضانِ مَعْلُومَيْنِ ، إمَّا بِصِفَةٍ يَتَمَيَّزانِ بها ، وإمَّا أن يكونَ لِلْبَلَدِ نَقْدٌ مَعْلُومٌ أو غالِبٌ ، فيَنْصَرِفُ الإطْلاقُ إليه . ولو قال : بِعْتُكَ دينارًا[٥] مِصْرِيًّا بِعِشْرِينَ درهمًا من نَقْدِ عشرةٍ بدينارٍ . لم يَصِحَّ ،

---

(٥) سقط من : الأصل .

إلَّا أن لا يكونَ فى البلدِ نَقْدُ عشرةٍ بدينارٍ ، إلَّا نَوْعٌ واحِدٌ ، فَتنْصَرِفُ تلك الصِّفَةُ إليه . وكذلك الحُكْمُ فى البَيْعِ .

فصل : إذا كان لِرَجُلٍ فى ذِمَّةِ رَجُلٍ ذَهَبٌ ، وللآخرِ عليه دراهمُ ، فَاصْطَرَفا[7] بما فى ذِمَّتِهِما ، لم يَصِحَّ ، وبهذا قال اللَّيْثُ ، والشَّافِعِىُّ . وحَكَى ابنُ عبدِ البَرِّ عن مالِكٍ وأبى حنيفةَ جَوازَهُ ؛ لأنَّ الذِّمَّةَ الحاضِرَةَ كالعَيْنِ الحاضِرَةِ ؛ ولذلك جازَ أن يَشْتَرِىَ الدَّراهمَ بِدنانيرَ[8] من غيرِ تَعْيينٍ . ولنا ، أنَّه بَيْعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ ، ولا يجوزُ ذلك بالإِجْماعِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على أنَّ بَيْعَ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ لا يجوزُ . وقال أحمدُ : إنَّما هو إجْماعٌ . وقد رَوَى أبو عُبَيْدٍ فى « الغَرِيبِ »[9] ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الكَالِىءِ بالكَالِىءِ . وَفسَّرَهُ بالدَّيْنِ بالدَّيْنِ . إلَّا أنَّ الأَثْرَمَ رَوَى عن أحمدَ ، أنَّه سُئِلَ : أيَصِحُّ فى هذا حَدِيثٌ ؟ قال : لا . وإنما صَحَّ الصَّرْفُ بغيرِ تَعْيِينٍ ، بِشَرْطِ أن يَتَقابَضا فى المَجْلِسِ ، فجَرَى القَبْضُ والتَّعْيينُ فى المَجْلِسِ مَجْرَى وُجُودِهِ حالَةَ العَقْدِ . ولو كان لِرَجُلٍ على رَجُلٍ دَنانيرُ ، فقَضاهُ دراهمَ شَيْئًا بعد شَىْءٍ نَظَرْتَ ، فإن كان يُعْطِيه كُلَّ درهمٍ بحِسابِه من الدِّينارِ ، / صَحَّ . نَصَّ عليه أحمدُ . وإن لم يَفْعَلْ ذلك ، ثم تَحاسَبا بعد ذلك[10] ، فصارَفَهُ بها وَقْتَ المُحاسَبَةِ ، لم يَجُزْ . نصَّ عليه أيضًا ؛ لأنَّ الدَّنانيرَ دَيْنٌ ، والدَّراهمَ صَارَتْ دَيْنًا ، فيَصِيرُ بَيْعَ دَيْنٍ بِدَيْنٍ . وإن قَبَضَ أحَدُهما من الآخرِ مالَهُ عليه ، ثم صارَفَهُ بِعَيْنٍ وذِمَّةٍ ، صَحَّ . وإذا أعْطاهُ الدَّراهمَ شَيْئًا بعد شىءٍ ، ولم يَقْضِه ذلك وَقْتَ دَفْعِها إليه ، ثم أحْضَرَها ، وقَوَّماها[11] ، فإنَّه يَحْتَسِبُ بِقِيمَتِها يومَ القَضاءِ ، لا يومَ دَفْعِها إليه ؛ لأنَّها قبلَ

١٧٨/٤ ظ

---

(٧) فى الأصل : « واصطرفا » .

(٨) فى الأصل : « بدينار » .

(٩) غريب الحديث ٢٠/١ .

كما أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٧١/٣ ، ٧٢ . والحاكم ، فى : باب النهى عن بيع الكالى بالكالى ، من كتاب البيوع . المستدرك ٥٧/٢ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) فى الأصل : « وقومها » .

ذلك لم تَصِرْ فى مِلْكِه ، إنَّما هى وَدِيعَةٌ فى يدِهِ ، فإن تَلِفَتْ ، أو نَقَصَتْ ، فهى من ضَمانِ مالِكِها ، ويحْتَمِلُ أن تكونَ من ضَمانِ القابِضِ لها إذا قَبَضَها بِنِيَّةِ الاسْتِيفاءِ ؛ لأنَّها مَقْبُوضَةٌ على أنَّها عِوَضٌ وَوَفاءٌ ، والمَقْبُوضُ فى عَقْدٍ فاسِدٍ كالمَقْبُوضِ فى العَقْدِ الصَّحِيحِ ، فيما يَرْجِعُ إلى الضَّمانِ وعَدَمِهِ . ولو كان لِرَجُلٍ عندَ صَيْرَفِىٍّ دنانيرُ ، فأخَذَ منه دَراهِمَ إدْرارًا ؛ لتكونَ هذه بهذه ، لم يكُنْ كذلك ، بل كان[12] كلُّ واحدٍ منهما فى ذِمَّةِ مَن قَبَضَه ، فإذا أرادَا التَّصارُفَ أحْضَرَا أحَدَهما ، واصْطَرَفَا بعَيْنٍ وذِمَّةٍ .

فصل : ويَجُوزُ اقْتِضاءُ أحَدِ النَّقْدَيْنِ من الآخَرِ ، ويكون صَرْفًا بِعَيْنٍ وَذِمَّةٍ ، فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ ، ومَنَعَ منه ابنُ عَبَّاسٍ ، وأبو سَلَمَةَ بنُ عبدِ الرحمنِ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، ورُوِىَ ذلك عن ابنِ مَسْعُودٍ ؛ لأنَّ القَبْضَ شَرْطٌ وقد تَخَلَّفَ . ولَنا ، ما رَوَى أبو داودَ[13] ، والأثْرَمُ ، فى « سُنَنِهما » ، عن ابن عمرَ ، قال : كنتُ أبِيعُ الإبِلَ بالبَقِيعِ ، فأبِيعُ بالدَّنانيرِ وآخُذُ الدَّراهمَ ، وأبِيعُ بالدَّراهمِ وآخُذُ الدَّنانيرَ ، آخُذُ هذه مِن هذه ، وأُعْطِى هذه مِن هذه ، فأتيتُ النَّبِىَّ ﷺ فى بَيْتِ حَفْصَةَ ، فقلتُ : يا رسولَ اللهِ ، رُوَيْدَكَ ، أسألُكَ ، إنِّى أبِيعُ الإبِلَ بالبَقِيعِ ، فأبِيعُ بالدَّنانيرِ ، وآخُذُ الدَّراهمَ ، وأبِيعُ بالدَّراهمِ ، وآخُذُ الدَّنانيرَ ، آخُذُ هذه مِن هذه ، وأُعْطِى هذه من هذه ؟ فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « لا بَأْسَ أن تَأْخُذَهَا بِسِعْرِ يَوْمِها ، مَا لَمْ تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُما شَىْءٌ » . قال أحمدُ : إنَّما يَقْضِيه إيَّاها بالسِّعْرِ . لم يَخْتَلِفُوا أنَّه يَقْضِيه إيَّاها بالسِّعْرِ ، إلَّا ما قال أصحابُ الرَّأْىِ ، إنَّه يَقْضِيه مَكانَها ذَهَبًا على التَّراضِى ؛

---

(12) سقط من : الأصل .

(13) فى : باب فى اقتضاء الذهب من الورق ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٢٤ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الصرف ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٥١ . والنسائى ، فى : باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة ، وباب أخذ الورق من الذهب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٤٨ ، ٢٤٩ . وابن ماجه ، فى : باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦٠ .

١٧٩/٤ و لأنَّه / بَيْعٌ فى الحالِ ، فجازَ ما تَراضَيا عليه إذا اخْتَلَفَ الجِنْسُ ، كما لو كان العِوَضُ عَرْضًا . وَوَجْهُ الأوَّلِ قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « لا بَأْسَ أن تَأْخُذَها بِسِعْرِ يَوْمِها » . ورُوِىَ عن ابنِ عمرَ : أنَّ بَكْرَ بنَ عبدِ اللهِ المُزَنِىَّ ، ومَسْرُوقًا العِجْلِىَّ ، سَألاهُ عن كَرِىٍّ[14] لهما ، له عليهما دراهمُ ، وليس معهما إلَّا دنانيرُ ؟ فقال ابنُ عمرَ : أعْطُوهُ بِسِعْرِ السُّوقِ . ولأنَّ هذا جَرَى مَجْرَى القَضَاءِ ، فقُيِّدَ[15] بالمِثْلِ ، كما لو قَضاهُ من الجِنْسِ ، والتَّمَاثُلُ هٰهُنا من حيثُ القيمَةُ ؛ لِتَعَذُّرِ التَّماثُلِ من حيثُ الصُّورَةُ . قيل لأبى عبدِ اللهِ : فإنَّ أهْلَ السُّوقِ يَتَغابَنونَ بينهم بالدَّانَقِ فى الدِّينارِ وما أشْبَهَهُ ؟ فقال : إذا كان مِمَّا يَتَغابَنُ النَّاسُ به فسَهْلٌ فيه ، ما لم يَكُنْ حِيلَةً ، ويُزَاد شَيْئًا كَثِيرًا .

فصل : فإن كانَ المَقْضِىُّ الذى فى الذِّمَّةِ مُؤَجَّلًا ، فقد تَوَقَّفَ أحمدُ فيه . وقال القاضى : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، المَنْعُ ، وهو قولُ مالِكٍ ، ومَشْهُورُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ ما فى الذِّمَّةِ لا يُسْتَحَقُّ قَبْضُه ، فكان القَبْضُ ناجزًا فى أحَدِهما ، والنَّاجزُ يأْخُذُ قِسْطًا من الثَّمَنِ . والآخرُ ، الجوازُ ، وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه ثابتٌ فى الذِّمَّةِ بمَنْزِلَةِ المَقْبوضِ ، فكأنَّه رَضِىَ بِتَعْجيلِ المُؤَجَّلِ . والصَّحيحُ الجَوازُ ، إذا قَضاهُ بِسِعْرِ يَوْمِها ، ولم يجعَلْ لِلْمَقْضِىِّ فَضْلًا لأجْلِ تَأْجيلِ ما فى الذِّمَّةِ ؛ لأنَّه إذا لم يَنْقُصْه عن سِعْرِها شَيْئًا ، فقد رَضِىَ بِتَعْجيلِ ما فى الذِّمَّةِ بغيرِ عِوَضٍ ، فأشْبَهَ ما لو قَضاهُ من جِنْسِ الدَّيْنِ ، ولم يَسْتَفْصِلِ النَّبِىُّ ﷺ ابنَ عمرَ حين سَألَهُ ، ولو افْتَرَقَ الحالُ لسَأَلَ واسْتَفْصَلَ .

فصل : قال أحمدُ : ولو كان لِرَجُلٍ علَى رَجُلٍ عَشَرَةُ دراهمَ ، فدَفَعَ إليه دينارًا ، فقال : اسْتَوْفِ حَقَّكَ منه . فاسْتَوْفاهُ بعد يَوْمَيْنِ ، جازَ . ولو كانَ عليه دنانيرُ ، فوَكَّلَ غَرِيمَهُ فى بَيْعِ دارِه ، واسْتيفاءِ حَقِّه من ثَمَنِها ، فباعَها بِدراهمَ ، لم يَجُزْ أن

---

(١٤) الكرِىّ : الأجير .

(١٥) فى الأصل : « فتقيد » .

يَأْخذَ منها قَدْرَ حقِّه ؛ لأنَّه لم يَأْذَنْ له فى مُصارَفَةِ نَفْسِه ، ولأنَّه مُتَّهَمٌ . ولو باعَ جارِيَةً بدنانيرَ ، فأخَذَ بها دراهمَ ، فَرُدَّتِ الجارِيةُ بِعَيْبٍ أو إقالَةٍ ، لم يَكُنْ لِلْمُشْتَرِى إلَّا الدَّنانيرُ ؛ لأنَّه الثَّمَنُ الذى وَقَعَ عليه العَقْدُ ، وإنَّما أخَذَ الدراهمَ / بِعَقْدِ صَرْفٍ مُسْتَأْنَفٍ . نَصَّ أحمدُ على هذه المَسائِلِ . ١٧٩/٤ ظ

فصل : إذا كانَ عليه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، فقال لِغَرِيمِهِ : ضَعْ عَنِّى بعضَهُ ، وأُعَجِّلُ لك بَقِيَّتَهُ . لم يَجُزْ . كَرِهَهُ زَيْدُ بنُ ثابتٍ ، وابنُ عمرَ ، والمِقْدادُ[16] ، وسعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وسالِمٌ ، والحَسَنُ ، وحَمَّادٌ ، والحَكَمُ ، والشَّافِعِىُّ ، ومَالِكٌ ، والثَّورِىُّ ، وهُشَيْمٌ[17] ، وابنُ عُلَيَّةَ[18] ، وإسحاقُ ، وأبو حنيفةَ . وقال المِقْدادُ لِرَجُلَيْنِ فَعَلَا ذلك : كلاكما[19] قد آذَنَ بِحَرْبٍ من اللهِ ورَسولِه . وَرُوِىَ عن ابنِ عباسٍ : أنَّه لم يَرَ به بَأْسًا . وَرُوِىَ ذلك عن النَّخَعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه آخِذٌ لِبَعْضِ حَقِّهِ ، تارِكٌ لِبَعْضِه ، فجازَ ، كما لو كان الدَّيْنُ حالًّا . وقال الخِرَقِىُّ : لا بَأْسَ أن يُعَجِّلَ المُكاتَبُ لِسَيِّدِه ، ويَضَعَ عنه بعضَ كِتابَتِهِ . ولَنا ، أنَّه بَيْعُ الحُلولِ ، فلم يَجُزْ ، كما لو زادَه الذى له الدَّيْنُ ، فقال له : أُعْطِيكَ عَشَرَةَ دراهمَ وتُعَجِّلُ لى المائَةَ التى عليكَ . فأمَّا المُكاتَبُ فإنَّ مُعامَلَتَهُ مع سَيِّدِهِ ، وهو يَبِيعُ بعضَ[20] مَالِه بِبَعْضٍ ، فدَخَلَتِ المُسامَحَةُ فيه . ولأنَّه سَبَبٌ لِلْعِتْقِ ، فَسومِحَ فيه ، بخِلافِ غيرِه .

---

(١٦) المقداد بن الأسود الكندى ، هو ابن عمرو بن ثعلبة ، توفى سنة ثلاث وثلاثين فى خلافة عثمان . الإصابة ٢٠٤/٦ .

(١٧) هشيم بن بشير بن القاسم بن دينار السلمى أبو معاوية بن أبى خازم الواسطى ، ولد فى سنة خمس ، ومات فى شعبان سنة ثلاث وثمانين ومائة . وكان ثقة ثبتا . تهذيب التهذيب ٦٤/١١ .

(١٨) إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم الأسدى مولاهم أبو بِشْر البصرى ، المعروف بابن علية ، ثقة ثبت . مات سنة ١٩٣ هـ . تهذيب التهذيب ٢٧٥/١ - ٢٧٩ .

(١٩) وقع هذا بعد قوله : « الثورى » السابق ، فى : م .

(٢٠) سقط من : الأصل .

٧١٦ ـ مسألة ؛ قال : (فإنْ كَانَ العَيْبُ دَخِيلًا عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، كَانَ الصَّرْفُ فِيهِ فَاسِدًا)

يعنى إذا وَجَدَ أحَدُهما ما قَبَضَهُ مَغْشُوشًا بِغِشٍّ من غيرِ جِنْسِه ، فيُنْظَرُ فيه ؛ فإن كان الصَّرْفُ عَيْنًا بعَيْنٍ ، فهو فاسِدٌ ؛ لما أسْلَفْناهُ . وإن كان بغير عَيْنٍ[1] ، وعَلِمَ ذلك فى المَجْلِسِ ، فَرَدَّهُ ، وأخَذَ بَدَلَهُ ، فَالصَّرْفُ صَحِيحٌ ؛ لأنَّه عَيْنُ[2] المَعْقودِ عليه . وإنِ افْتَرَقا قَبْلَ رَدِّهِ ، فَالصَّرْفُ فيه فاسِدٌ أيضًا ؛ لأنَّهما تَفَرَّقا قبل قَبْضِ المَعْقودِ عليه ، و لم يَقْبِضْ ما يَصْلُحُ عِوَضًا عن المَعْقودِ عليه . وهذا ظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ . وقيل عن أحمدَ : إنَّه إذا أخَذَ البَدَلَ فى مَجْلِسِ الرَّدِّ ، لم يَبْطُلْ ، كما لو كان العَيْبُ من جِنْسِه . وهذا فيما إذا لم يَكُنْ مُشْتَرِى المَعيبِ عَالِمًا بِعَيْبِه ، فأمَّا إن عَلِمَ بِعَيْبِه ، فَاشْتَراهُ على ذلك ، والعَيْبُ من جِنْسِه ، جازَ ، ولا خِيارَ له ، ولا بَدَلَ . وإن كان من غير جِنْسِه ، وكان الصَّرْفُ ذَهَبًا بِذَهَبٍ ، أو فِضَّةً بِمِثْلِها ، فالصَّرْفُ فيه فاسِدٌ ؛ لأنَّه يُخِلُّ بالتَّمَاثُلِ ، إلَّا أن يَبيعَ ذَهَبًا أو فِضَّةً مَغْشُوشًا بمثلِ غِشِّهِ ، كَبَيْعِه دِينارًا صُورِيًّا بمثلِه ، مع عِلْمِه بِتَساوِى/غِشِّهما ، وقد ذَكَرْنا أنَّ الظَّاهِرَ جَوازُه . وإن باعَ مَغْشوشًا بغيرِ مَغْشوشٍ ، لم يَجُزْ ، إلَّا أن يكونَ لِلْغِشِّ قِيمَةٌ ، فيُخَرَّجُ على مسأَلَةِ مُدِّ عَجْوَةٍ . وإن كانَ الصَّرْفُ فى جِنْسَيْنِ ، كذَهَبٍ بِفِضَّةٍ ، انْبَنَى على إنْفاقِ المَغْشوشَةِ .

٤/١٨٠ و

فصل : وفى إنْفاقِ المَغْشوشِ من النُّقودِ رِوايَتانِ ؛ أظْهَرُهما ، الجَوازُ ، نَقَلَ صالِحٌ عنه فى دراهِمَ يقال لها المُسَيَّبِيَّةُ ، عامَّتُها نُحاسٌ إلَّا شَيْئًا فيها فِضَّةٌ ، فقال : إذا كان شَيْئًا اصْطَلَحوا عليه ، مثلَ الفُلُوسِ ، واصْطَلَحوا عليها ، فأَرْجو ألَّا يكونَ بها بَأْسٌ . والثانيةُ ، التَّحْريمُ ، نَقَلَ حنبلٌ فى دراهِمَ يُخْلَطُ فيها مَسٌّ[3] ونُحاسٌ يُشْتَرَى بها ويُباعُ ، فلا يَجوزُ أن يَبْتاعَ بها أحَدٌ . كلُّ ما وَقَعَ عليه اسْمُ الغِشِّ فالشِّراءُ به

---

(١) فى الأصل : « عينه » .

(٢) فى الأصل : « غير » .

(٣) المس : الخلط .

والبَيْعُ حَرامٌ . وقال أصحابُ الشَّافِعِيِّ : إن كان الغِشُّ ممَّا لا قِيمَةَ له ، جازَ الشِّراءُ بها ، وإن كان[4] ممَّا له قِيمَةٌ ، ففي جَوَازِ إنْفاقِها وَجْهانِ ، واحْتَجَّ مَنْ مَنَعَ إنْفاقَ المَغْشوشَةِ بقَولِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا »[5] . وبأنَّ عمرَ رَضِيَ اللهُ عنه نَهَى عن بَيْعِ نُفايَةِ بَيْتِ المالِ . ولأنَّ المَقْصودَ فيه مَجْهولٌ ، أشْبَهَ تُرابَ الصَّاغَةِ ، والأَوْلَى أن يُحْمَلَ كَلامُ أحمدَ فى الجَوازِ على الخُصوصِ فيما ظَهَرَ غِشُّهُ ، واصْطُلِحَ عليه ، فإنَّ المُعامَلَةَ به جائِزَةٌ ، إذ ليس فيه أكْثَرُ من اشْتِمالِه على جِنْسَيْنِ لا غَرَرَ فيهما ، فلا يَمْنَعُ من بَيْعِهِمَا ، كما لو كانا مُتَمَيِّزَيْنِ . ولأنَّ هذا مُسْتَفيضٌ فى الأعْصارِ ، جَارٍ بينهم من غيرِ نَكيرٍ ، وفى تحريمِهِ مَشَقَّةٌ وضَرَرٌ ، وليس شِراؤُه بها غِشًّا لِلْمُسْلِمينَ ، ولا تَغْرِيرًا لهم ، والمَقْصودُ منها ظاهِرٌ مَرْئِيٌّ مَعْلُومٌ ، بخِلَافِ تُرابِ الصَّاغَةِ . ورِوايَةُ المَنْعِ مَحْمولَةٌ على ما يَخْفَى غِشُّه ، ويَقَعُ اللَّبْسُ به ، فإنَّ ذلك يُفْضى إلى التَّغْريرِ بالمُسْلِمينَ ، وقد أشارَ أحمدُ إلى هذا فى رَجُلٍ اجْتَمَعَتْ عنده دراهمُ زُيوفٌ ، ما يَصْنَعُ بها ؟ قال : يَسْبِكُها . قيل له : فَيَبيعُها بدنانيرَ ؟ قال : لا . قيل : يَبيعُها بِفُلوسٍ ؟ قال : لا . قيل فبِسِلْعَةٍ ؟ قال : لا ، إنِّى أخافُ أن يَغُرَّ بها مُسْلِمًا . قيل لأبى عبدِ اللهِ : أيَتَصَدَّقُ بها ؟ قال : إنِّى أخافُ أن يَغُرَّ بها مُسْلِمًا . وقال : ما يَنْبَغِى له ؛ لأنَّه يَغُرُّ بها المُسْلِمينَ ، ولا أقول إنَّه حَرَامٌ ؛ لأنَّه على تَأْويلٍ ، وذلك إنَّما كَرِهْتُه ؛ لأنَّه / يَغُرُّ بها مُسْلِمًا . فقد صَرَّحَ بأنَّه إنَّما كَرِهَهُ لما فيه من التَّغْريرِ ١٨٠/٤ ظ

---

(٤) فى م زيادة : « من » .

(٥) أخرجه مسلم ، فى : باب قول النبى ﷺ : « من غشنا فليس منا » ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ٩٩/١ . وأبو داود ، فى : باب فى النهى عن الغش ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٤/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الغش فى البيوع ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥٥/٦ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن الغش ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٩/٢ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن الغش ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٤٨/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥٠/٢ ، ٢٤٢ ، ٤١٧ ، ٤٦٦/٣ ، ٤٥/٤ .

بالمُسْلِمينَ ، (٦وعلى هذا يُحْمَلُ مَنْعُ عمرَ نُفايَةَ بَيْتِ المالِ ؛ لما فيه من التَّغْريرِ بالمُسْلِمينَ٦) ، فإنَّ مُشْتَرِيَها ربَّما خَلَطَها بِدراهمَ جَيِّدَةٍ ، واشْتَرَى بها ممَّنْ لا يَعْرِفُ حالَها ، ولو كانت ممَّا اصْطُلِحَ على إنْفاقِه ، لم يكُنْ نُفايَةً . فإن قيل : فقد رُوِىَ عن عمرَ أنَّه قال : من زافَتْ عليه دراهمُه فَلْيَخْرُجْ بها إلى البَقيعِ ، فَلْيَشْتَرِ[7] بها سَحْقَ الثِّيابِ[8] . وهذا دَليلٌ على جَوازِ إنْفاقِ المَغْشوشَةِ التى لم يُصْطَلَحْ عليها . قلنا : قد قال أحمدُ : معنى زافَتْ عليه دراهمُه . أى نُفِيَتْ ، ليس أنَّها زُيوفٌ فيَتَعَيَّنُ حَمْلُه على هذا جَمْعًا بين الرِّوايَتَيْنِ عنه . ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ ما ظَهَرَ غِشُّه ، وبانَ زَيْفُه ، بحيث لا يَخْفَى على أحَدٍ ، ولا يَحْصُلُ بها تَغْريرٌ . وإن تَعَذَّرَ تَأْويلُها ، تَعارَضَتِ الرِّوايَتانِ عنه ، ويُرْجَعُ إلى ما ذَكَرْنا من المَعْنَى ، ولا فَرْقَ بين ما كان غِشُّه ذا بَقاءٍ وثَباتٍ ، كالرَّصاصِ ، والنُّحاسِ ، وما لا ثَباتَ له ، كالزِّرْنيخِيَّةِ ، والأنْدرانِيَّةِ ، وهو زِرْنيخٌ ونُورَةٌ يُطْلَى عليه فِضَّةٌ ، فإذا دَخَلَ النَّارَ اسْتُهْلِكَ الغِشُّ ، وذَهَبَ .

٧١٧ – مسألة ؛ قال : (وَمَتَى افْتَرَقَ الْمُتَصَارِفَانِ قَبْلَ التَّقَابُضِ ، فلا بَيْعَ بَيْنَهُمَا)

الصَّرْفُ : بَيْعُ الأثْمانِ بعضِها ببعضٍ . والقَبْضُ فى المَجْلِسِ شَرْطٌ لِصِحَّتِه بغيرِ خِلافٍ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَنْ نَحْفَظُ عنه من أهلِ العِلْمِ على أنَّ المُتَصارِفَيْنِ إذا افْتَرَقا قبلَ أن يَتَقابَضا ، أنَّ الصَّرْفَ فاسِدٌ . والأصلُ فيه قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بالوَرِقِ (١)رِبًا إلَّا هَاءَ وهَاءَ »[2] . وقولُه عليه السَّلامُ : « بِيعُوا الذَّهَبَ بالفِضَّةِ كيف شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ »[3] . ونَهَى النَّبِىُّ ﷺ عن بَيْعِ الذَّهَبِ

(٦ – ٦) سقط من : الأصل .

(٧) فى النسخ : « فليشترى » .

(٨) سحق الثياب : الخلق البالى .

(١) من هنا إلى قوله : « بالورق » الآتى سقط من الأصل . نقله نظر .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٣ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٢ .

بالوَرِقِ دَيْنًا[٤] ، ونَهَى أن يُباعَ غَائِبٌ منها بِناجِزٍ[٥] ، كلُّها أحادِيثُ صِحَاحٌ . ويُجْزِئُ القَبْضُ فى المَجْلِسِ ، وإن طالَ ، ولو تَمَاشَيا مُصْطَحِبَيْنِ[٦] إلى مَنْزِلِ أحَدِهما ، أو إلى الصَّرَّافِ ، فتَقابَضا عندَه ، جازَ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال مالِكٌ : لا خَيْرَ فى ذلك ؛ لأنَّهما فارَقا مَجْلِسَهما . ولَنا ، أنَّهما لم يَفْتَرِقا قبلَ التَّقابُضِ ، فأشْبَه ما لو كانا فى سَفِينَةٍ تَسيرُ بهما ، أو رَاكِبَيْنِ على دابَّةٍ واحِدَةٍ تَمْشِى بهما . وقد دَلَّ على ذلك حَدِيثُ أبى بَرْزَةَ الأَسْلَمِىِّ [٧]فى قولِهِ[٧] لِلَّذَيْن مَشَيا إليه[٨] من جانِبِ العَسْكَرِ : وما أراكُما افْتَرَقْتُما . وإن تَفَرَّقا قبلَ التَّقابُضِ بَطَلَ الصَّرْفُ ؛ لِفَواتِ شَرْطِهِ . وإن قَبَضَ البَعْضَ ، ثم / افْتَرَقا ، بَطَلَ فيما لم يَقْبِضْ ، وفيما يُقابِلُه من العِوَضِ . وهل يَصِحُّ فى المَقْبُوضِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . ولو وَكَّلَ أحَدُهما وَكيلًا فى القَبْضِ ، فقَبَضَ الوَكيلُ قبلَ تَفَرُّقِهما ، جازَ ، وقامَ قَبْضُ وَكيلِه مَقامَ قَبْضِه ، سَواءٌ فارَقَ الوَكيلُ المَجْلِسَ قبلَ القَبْضِ ، أو لم يُفارِقْهُ . وإنِ افْتَرَقا قبلَ قَبْضِ الوَكيلِ ، بَطَلَ ؛ لأنَّ القَبْضَ فى المَجْلِسِ شَرْطٌ ، وقد فاتَ . وإن تَخايَرا قبلَ القَبْضِ فى المَجْلِسِ ، لم يَبْطُلِ العَقْدُ بذلك ؛ لأنَّهما لم يَفْتَرِقا قبلَ القَبْضِ . ويَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ إذا قلنا بِلُزُومِ العَقْدِ ، وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ العَقْدَ لم يَبْقَ فيه خِيارٌ قبلَ القَبْضِ ، أشْبَهَ ما لو افْتَرَقا . والصَّحيحُ الأوَّلُ ، فإنَّ الشَّرْطَ التَّقابُضُ فى المَجْلِسِ ، وقد وُجِدَ ، واشْتِراطُ التَّقابُضِ قبلَ اللُّزومِ تَحَكُّمٌ بغيرِ دَليلٍ . ثم يَبْطُلُ بما إذا تَخايَرا قبلَ الصَّرْفِ ، ثم اصْطَرَفا ، فإنَّ الصَّرْفَ يَقَعُ لازِمًا صَحيحًا قبلَ القَبْضِ ، ثم يُشْتَرَطُ القَبْضُ فى المَجْلِسِ .

١٨١/٤

---

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الورق بالذهب نسيئة ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/ ٩٨ . ومسلم ، فى : باب النهى عن بيع الورق بالذهب دينا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١٢١٣ . والنسائى ، فى : باب بيع الفضة بالذهب نسيئة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٤٦ .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٣ .

(٦) فى الأصل : « مصطلحين » .

(٧ - ٧) سقط من : م .

(٨) سقط من : الأصل .

فصل : ولو صارَفَ رَجُلًا دِينارًا بِعَشَرَةِ دراهمَ ، وليس معه إلَّا خَمْسَةُ دراهمَ ، لم يَجُزْ أن يَتَفَرَّقا قبل قَبْضِ العَشَرَةِ كلِّها ، فإن قَبَضَ الخَمْسَةَ وافْتَرَقا ، بَطَلَ الصَّرْفُ فى نِصْفِ الدِّينارِ . وهل يَبْطُلُ فيما يُقابِلُ الخَمْسَةَ المَقْبوضَةَ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . وإن أرادَ التَّخَلُّصَ ، فَسَخا الصَّرْفَ فى النِّصْفِ الذى ليس معه عِوَضُه ، أو يَفْسَخانِ العَقْدَ كلَّه ، ثم يَشْتَرِى منه نِصْفَ الدِّينارِ بِخَمْسَةٍ ، ويَدْفَعُها إليه ، ثم يَأْخُذُ الدِّينارَ كلَّه ، فيكونُ ما اشْتَراهُ منه له ، وما بَقِىَ أمانَةً فى يَدِهِ ، ثم يَفْتَرِقَانِ ، ثم إذا صارَفَهُ بعدَ ذلك بالباقى له من الدِّينارِ ، أو اشْتَرَى به منه شَيْئًا ، أو جَعَلَه سَلَمًا فى شَىْءٍ ، أو وَهَبَهُ له ، جازَ ، وكذلك إن وَكَّلَهُ فيه . ولو اشْتَرَى فِضَّةً بدينارٍ ونِصْفٍ ، ودَفَعَ إلى البائِعِ دِينارَيْنِ ، وقال : أنْتَ وَكِيلِى فى نِصْفِ الدِّينارِ الزَّائِدِ ، صَحَّ . ولو صارَفَهُ عَشَرَةَ دراهمَ بدينارٍ ، فأعْطاهُ أكْثَرَ من دينارٍ لِيَزِنَ له حَقَّهُ فى وَقْتٍ آخَرَ ، جازَ ، وإن طالَ ، ويكونُ الزَّائِدُ أمانَةً فى يَدِه ، لا شىءَ عليه فى تَلَفِه . نَصَّ أحمدُ على أكْثَرِ هذه المَسائِلِ . فإن لم يَكُنْ مع أحَدِهما إلَّا خَمْسَةُ دراهمَ ، فاشْتَرَى بها نِصْفَ دِينارٍ ، وقَبَضَ دِينارًا كامِلًا ، ودَفَعَ إليه الدَّراهمَ ، ثم اقْتَرَضَها منه ، فاشْتَرَى بها النِّصْفَ الباقِىَ ، أو اشْتَرَى / الدِّينارَ منه بِعَشَرَةٍ ابْتِداءً ، ودَفَعَ إليه الخَمْسَةَ ، ثم اقْتَرَضَها منه ، ودَفَعَها[9] إليه عِوَضًا عن النِّصْفِ الآخَرِ على غيرِ وَجْهِ الحِيلَةِ ، فلا بَأْسَ . 181/4 ظ

فصل : وإذا باعَ مُدَّىْ تَمْرٍ رَدِىءٍ بدرهمٍ ، ثم اشْتَرَى بالدرهمِ[10] تَمْرًا جَنِيبًا ، أو اشْتَرَى من رَجُلٍ دِينارًا صحيحًا بدراهمَ ، وتَقابَضاها[11] ، ثم اشْتَرَى منه بالدراهمِ قُراضَةً من[12] غيرِ مُواطأةٍ ، ولا حِيلَةٍ ، فلا بأْسَ به . وقال ابنُ أبى موسى : لا يَجوزُ ، إلَّا أن يَمْضِىَ إلى غيرِه لِيَبْتاعَ منه ، فلا يَسْتَقِيمُ له ، فيَجوزُ

---

(9) فى الأصل : « ودفع » .

(10) سقط من : الأصل .

(11) فى الأصل : « وتقابضا » .

(12) فى الأصل : « عن » .

أن يَرْجِعَ إلى البائِع ، فيَبْتاعَ منه . وقال أحمدُ ، فى رِوايَةِ الأَثْرَمِ : يَبِيعُها من غيرِه أحَبُّ إلىَّ . قلتُ له : فإن[١٣] لم يُعْلِمْهُ أنَّه يُرِيدُ أن يَبِيعَها منه ؟ فقال : يَبِيعُها من غيرِه ، فهو أطْيَبُ لِنَفسِه وأَحْرَى أن يَسْتَوْفِىَ الذَّهَبَ منه ، فإنَّه إذا رَدَّها إليه لَعَلَّه أن لا يُوَفِّيَهُ الذَّهَبَ ، ولا يُحْكِمَ الوَزْنَ ، ولا يَسْتَقْصِىَ ، يقول : هى تَرْجِعُ إليه . قيل لأبى عبدِ اللهِ: فذَهَبَ لِيَشْتَرِىَ الدراهمَ [١٤]بالذَّهَبِ الذى[١٤] أخذَه[١٥] منه من غيرِه ، فلم يَجِدْها ، فرَجَعَ إليه ؟ فقال : إذا كان لا يُبالِى اشْتَرَى منه أو مِن[١٦] غيره ، فنعم . فظاهِرٌ[١٧] أنَّ هذا على وَجْهِ الاسْتِحْبابِ ، لا الإيجابِ . ولَعَلَّ أحمدَ إنَّما أرادَ اجْتنابَ الْمواطَأَةِ على هذا ، ولهذا قال : إذا كانَ لا يُبالِى اشْتَرَى منه أو من غيرِه ، فنعم . وقال مالِكٌ : إن فَعَلَ ذلك مَرَّةً ، جازَ ، وإن فَعَلَهُ أكْثَرَ من مَرَّةٍ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه يُضارِعُ الرِّبا . ولنا ، ما رَوَى أبو سعيدٍ ، قال : جاءَ بِلالٌ إلى النَّبِىِّ ﷺ بِتَمْرٍ بَرْنِىٍّ ، فقال له النَّبِىُّ ﷺ : « مِنْ أَيْنَ هَذَا ؟ » . قال بِلالٌ : كان عندنا تَمْرٌ رَدِىءٌ ، فَبِعْتُ صاعَيْنِ بِصَاعٍ ؛ لِيَطْعَمَ النَّبِىُّ ﷺ . فقال له النَّبِىُّ ﷺ : « أَوَّهْ ، عَيْنُ الرِّبَا ، لَا تَفْعَلْ ، ولَكِنْ إِذَا أَرَدْتَ أَنْ تَشْتَرِىَ ، فَبِعِ التَّمْرَ بِبَيْعٍ آخَرَ ، ثُمَّ اشْتَرِ بِهِ » . ورَوَى أيضًا أبو سعيدٍ ، وأبو هريرةَ : أنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ اسْتَعْمَلَ رَجُلًا على خَيْبَرَ ، فجاءَهُ بِتَمْرٍ جَنِيبٍ ، فقال : « أَكُلُّ تَمْرِ خَيْبَرَ هَكَذَا ؟ » . قال : لا واللهِ . إنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ من هذا بالصَّاعَيْنِ ، والصَّاعَيْنِ بالثَّلاثَةِ . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « لا تَفْعَلْ ، بِعِ التَّمْرَ بالدَّرَاهِمِ ، ثُمَّ اشْتَرِ بالدَّرَاهِمِ جَنِيبًا » . مُتَّفَقٌ عليهما[١٨] . و لم يَأْمُرْهُ أن يَبِيعَهُ

---

(١٣) فى م : « قال » .

(١٤ - ١٤) فى م : « الذهب التى » .

(١٥) فى الأصل ، م : « أخذها » .

(١٦) فى م : « ومن » .

(١٧) فى الأصل زيادة : « هذا » .

(١٨) الأول : تقدم تخريجه فى صفحة ٥٣ .

والثانى : أخرجه البخارى ، فى : باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه ، من كتاب البيوع . وباب الوكالة فى الصرف والميزان ، من كتاب الوكالة . صحيح البخارى ٣/١٠٢ ، ١٢٩ . ومسلم ، فى : باب بيع الطعام =

٤/١٨٢ و من غيرِ مَنْ يَشْتَرِى منه ، ولو كان ذلك مُحَرَّمًا لَبَيَّنَهُ له ، (١٩وعَرَّفَهُ١٩) / إيَّاهُ . ولأنَّه باعَ الجِنْسَ بغيرِه مِن غيرِ شَرْطٍ ، ولا مُوَاطَأَةٍ ، فجازَ ، كما لو باعَهُ من غيرِه . ولأنَّ ما جازَ من البِياعاتِ مَرَّةً ، جازَ على الإطْلاقِ ، كسائِرِ البِياعاتِ . فأمَّا إن تَوَاطَآ على ذلك ، لم يَجُزْ ، وكان حِيلَةً مُحَرَّمَةً ، وبه قال مالكٌ . وقال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ : يَجوزُ ، ما لم يَكُنْ مَشْروطًا فى العَقْدِ . ولَنا ، أنَّه إذا كانَ عن مُوَاطَأَةٍ كان حِيلَةً ، والحِيَلُ مُحَرَّمَةٌ ، على ما سَنَذْكُرُهُ .

فصل : والحِيَلُ كلُّها مُحَرَّمَةٌ ، غيرُ جائِزَةٍ فى شىءٍ من الدِّينِ ، وهو أن يُظْهِرَ عَقْدًا مُباحًا يُرِيدُ به مُحَرَّمًا ، مُخادَعَةً وتَوَسُّلًا إلى فِعْلِ ما حَرَّمَ اللهُ ، واسْتِباحَةِ مَحْظُوراتِه ، أو إسْقاطِ واجِبٍ ، أو دَفْعِ حَقٍّ ، ونحوَ ذلك . قال أيُّوبُ السَّخْتِيانِىُّ : إنَّهم لَيُخادِعونَ اللهَ ، كأنَّما يُخادِعونَ صَبِيًّا ، لو كانوا يَأْتُونَ الأَمْرَ على وَجْهِه كان أسْهَلَ عَلَىَّ . فمن ذلك ؛ ما لو كان مع رَجُلٍ عَشَرَةٌ صِحاحٌ ، ومع الآخَرِ خَمْسَةَ عَشَرَ مُكَسَّرَةٌ ، فاقْتَرَضَ كلُّ واحِدٍ منهما ما مع صاحِبِه ، ثم تَبارَيا ، تَوَصُّلًا إلى بَيْعِ الصِّحاحِ بالمُكَسَّرَةِ مُتَفاضِلًا ، أو بَاعَهُ الصِّحاحَ بمِثْلِها من المُكَسَّرَةِ ، ثم وَهَبَهُ الخَمْسَةَ الزَّائِدَةَ ، أو اشْتَرَى منه بها أُوقِيَّةَ صَابُونٍ ، أو نحوَها ممَّا(٢٠) يَأْخُذُه بأقَلَّ من قِيمَتِه ، أو اشْتَرَى منه بعَشَرَةٍ إلَّا حَبَّةً من الصَّحِيحِ مثلَها من المُكَسَّرَةِ ، ثم اشْتَرَى منه بالحَبَّةِ الباقِيَةِ ثَوْبًا قِيمَتُه خَمْسَةُ دنانيرَ . وهكذا لو أقْرَضَه شَيْئًا ، أو باعَهُ سِلْعَةً بأكْثَرَ من قيمَتِها ، أو اشْتَرَى منه سِلْعَةً بأقَلَّ من قيمَتِها تَوَسُّلًا(٢١) إلى أخْذِ عِوَضٍ عن القَرْضِ ، فكلُّ ما كانَ من هذا على وَجْهِ الحِيلَةِ فهو خَبيثٌ مُحَرَّمٌ . وبهذا قال

= مثلا بمثل ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٥/٣ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب بيع التمر بالتمر متفاضلا ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٨/٧ . والإمام مالك ، فى : باب ما يكره من بيع التمر ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٢٣/٢ .

(١٩ - ١٩) فى الأصل : « أو عرفه » .

(٢٠) فى م : « ما » .

(٢١) فى م : « توصلا » .

مالكٌ . وقال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِيُّ : ذلك كلُّه وأشباهُه جائِزٌ ، إذا لم يَكُنْ مَشْروطًا فى العَقْدِ . وقال بعضُ أصحابِ الشَّافِعِيِّ : يُكْرَهُ أن يَدْخُلا فى البَيْعِ على ذلك ؛ لأنَّ كلَّ ما لا يَجوزُ شَرْطُه فى العَقْدِ يُكْرَهُ أن يَدْخُلا عليه . ولَنا ، أنَّ اللهَ تَعالَى عَذَّبَ أُمَّةً بحِيلَةٍ احْتالُوها ، فمَسَخَهم قِرَدَةً ، وسَمَّاهم مُعْتَدِينَ ، وجَعَلَ ذلك نَكالًا ومَوْعِظَةً لِلْمُتَّقِينَ ؛ لِيَتَّعِظوا بهم ، ويَمْتَنِعوا من مثلِ أفْعالِهم . وقال بعضُ المُفَسِّرِينَ فى قولِه تَعالَى : ﴿ ومَوْعِظَةً لِلْمُتَّقِينَ ﴾[٢٢] . أى لأُمَّةِ مُحَمَّدٍ ﷺ . / فَرُوِىَ أنَّهم كانوا يَنْصِبونَ شِباكَهم لِلْحيتانِ يومَ الجُمُعَةِ ، ويَتْرُكونَها إلى يومِ الأحَدِ ، ومنهم مَنْ كانَ يَحْفِرُ حَفائِرَ ، ويَجْعَلُ إليها مَجارِىَ ، فيَفْتَحُها يَوْمَ الجُمُعَةِ ، فإذا جاءَ السَّمَكُ يومَ السَّبْتِ ، جَرَى مع الماءِ فى المَجارِى ، فيَقَعُ فى الحَفائِرِ ، فيَدَعُها إلى يومِ الأحَدِ ، ثم يَأْخُذُها ، ويقولُ : ما اصْطَدْتُ يومَ السَّبْتِ ، ولا اعْتَدَيْتُ فيه . فهذه حيلَةٌ . وقال النَّبِيُّ ﷺ : « من أدْخَلَ فَرَسًا بين فَرَسَيْنِ ، وقد أَمِنَ أن يَسْبِقَ ، فهو قِمارٌ ، ومن أدْخَلَ فَرَسًا بين فَرَسَيْنِ ، وهو لا يَأْمَنُ أن يَسْبِقَ ، فليس بِقِمارٍ » . رَواهُ أبو داودَ ، وغيرُه[٢٣] . فجَعَلَهُ قِمارًا مع إدْخالِه الفَرَسَ الثَّالِثَ ؛ لِكَوْنِه لا يَمْنَعُ مَعْنَى القِمارِ ، وهو كونُ كلِّ واحِدٍ من المُتَسابِقَيْنِ لا يَنْفَكُّ عن كونِه آخِذًا ، أو مَأْخوذًا منه ، وإنَّما دَخَلَ صُورَةً ، تَحَيُّلًا على إباحَةِ المُحَرَّمِ ، وسائِرُ الحِيَلِ مثلُ ذلك . ولأنَّ اللهَ تَعالَى إنَّما حَرَّمَ هذه[٢٤] المُحَرَّماتِ لِمَفْسَدَتِها ، والضَّرَرِ الحاصِلِ منها . ولا تَزولُ مَفْسَدَتُها مع بَقاءِ[٢٥] مَعْناهَا ، بإظْهارِهما صُورَةً غيرَ صُورَتِها ، فوَجَبَ أن لا يَزولَ التَّحْريمُ ، كما لو سَمَّى الخَمْرَ بغيرِ اسْمِها ، لم يُبِحْ ذلك شُرْبَها ، وقد جاءَ عن النَّبِيِّ ﷺ أنَّه قال : « لَيَسْتَحِلَّنَّ قَوْمٌ من أُمَّتِى الخَمْرَ يُسَمُّونَها بِغَيْرِ

١٨٢/٤ ظ

---

(٢٢) سورة البقرة ٦٦ .

(٢٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المحلل ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢٨/٢ ، ٢٩ . وابن ماجه ، فى : باب السبق والرهان ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٦٠/٢ .

(٢٤) سقط من : م .

(٢٥) فى م : « إبقاء » .

اسْمِهَا »(٢٦) . ومن الحِيَلِ فى غيرِ الرِّبا ، أنّهم يَتَوصَّلُونَ إلى بَيْعِ (٢٧الشَّىْءِ المَنْهِىِّ٢٧) عنه ، أن يَسْتأْجِرَ بَياضَ أرْضِ البُسْتانِ بأمْثالِ أُجْرَتِه ، ثم يُساقِيهِ على ثَمَرِ شَجَرِه بِجُزْءٍ من ألْفِ جُزْءٍ لِلْمالِكِ ، وتِسْعُمائةٍ وتِسْعَةٌ وتِسْعونَ لِلْعامِلِ ، ولا يَأْخُذُ منه المالِكُ شَيْئًا ، ولا يُرِيدُ ذلك ، وإنَّما قَصَدَ بَيْعَ الثَّمَرةِ قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها بما سَمَّاهُ أُجْرَةً ، والعَامِلُ لا يَقْصِدُ أيضًا سِوَى ذلك ، وربَّما لا يَنْتَفِعُ بالأرْضِ التى سَمَّى الأُجْرَةَ فى مُقابَلَتِها ، ومتى لم يَخْرُجِ الثَّمَرُ ، أو أصَابَتْهُ جائِحَةٌ ، جاءَ المُسْتأْجِرُ يَطْلُبُ الجائِحَةَ ، ويَعْتَقِدُ أنَّه إنَّما بَذَلَ مَالَهُ فى مُقابَلَةِ الثَّمَرةِ لا غير ، وَرَبُّ الأرْضِ يَعْلَمُ ذلك .

فصل : ولو اشْتَرَى شَيْئًا بمُكَسَّرةٍ ، لم يَجُزْ أن يُعْطِيَهُ صَحِيحًا أقَلَّ منها . قال أحمدُ : هذا هو الرِّبا المَحْضُ ؛ وذلك لأنَّه يَأْخُذُ عِوَضَ الفِضَّةِ أقَلَّ منها ، فيَحْصُلُ التَّفاضُلُ بينهما . ولو اشْتَراهُ بِصَحِيحٍ ، لم يَجُزْ أن يُعْطِيَهُ مُكَسَّرةً أكْثَرَ منها كذلك . فإن تَفاسَخا البَيْعَ ، ثم عَقَدا بالصِّحاحِ ، أو بالمُكَسَّرةِ ، جازَ . ولو اشْتَرَى ثَوْبًا /بِنِصْفِ دينارٍ ، لَزِمَهُ نِصْفُ دينارٍ شِقٌّ ، فإن عادَ فاشْتَرَى شَيْئًا آخَرَ بِنِصْفٍ آخَرَ ، لَزِمَهُ نِصْفٌ شِقٌّ أيضًا ، فإن وَفَّاهُ دينارًا صَحِيحًا ، بَطَلَ العَقْدُ الثانى ؛ لأنَّه تَضَمَّنَ اشْتِراطَ زِيادَةٍ ثَمَنِ العَقْدِ الأوَّلِ ، وإن كانَ ذلك قبلَ لُزومِ العَقْدِ الأوَّلِ ، بَطَلَ أيضًا ؛ لأنَّه وُجِدَ ما يُفْسِدُه قبل انْبِرامِه . وإن كان بعد تَفَرُّقِهِما ولُزومِهِ(٢٨) ، لم يُؤَثِّرْ ذلك فيه ، ولا يَلْزَمُه أكْثَرُ من ثَمَنِه الذى عَقَدَ البَيْعَ به . ومذهبُ الشَّافِعِىِّ فى هذا كما ذَكَرْنا .

١٨٣/٤ و

فصل : إذا كان له عند رَجُلٍ دِينارٌ وَدِيعَةً ، فصارَفَه به ، وهو مَعْلُومٌ بَقاؤُهُ ،

---

(٢٦) أخرجه البخارى تعليقا ، فى : باب ما جاء فى من يستحل الخمر ويسميه بغير اسمه ، من كتاب الأشربة . صحيح البخارى ١٣٨/٧ . وأبو داود ، فى : باب فى الدَّاذِىّ ، من كتاب الأشربة . سنن أبى داود ٢٩٥/٢ . وابن ماجه ، فى : باب الخمر يسمونها بغير اسمها ، من كتاب الأشربة ، وباب العقوبات ، من كتاب الفتن . سنن ابن ماجه ١١٢٣/٢ ، ١٣٣٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٣٧/٤ ، ٣١٨/٥ ، ٣٤٢ .

(٢٧ – ٢٧) فى الأصل : « السنين » . وما بعده ساقط إلى قوله : « ثمر شجره » الآتى .

(٢٨) فى م : « فلزومه » .

أو مَظْنُونٌ ، صَحَّ الصَّرْفُ . وإنْ ظَنَّ أنَّه غيرُ مَوْجُودٍ ، لم يَصِحَّ الصَّرْفُ ؛ لأنَّ حُكْمَه حُكْمُ المَعْدُومِ . وإنْ شَكَّ فيه فقال ابنُ عَقِيلٍ : يَصِحُّ . وهو قولُ بعضِ الشَّافِعِيَّةِ . وقال القاضِى : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه غيرُ مَعْلُومِ البَقَاءِ . وهو مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَوَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّ الأصْلَ بَقاؤُه ، فصَحَّ البِناءُ عليه عند الشَّكِّ ، فإنَّ الشَّكَّ لا يُزِيلُ اليَقِينَ ؛ ولذلك صَحَّ بَيْعُ الحَيوانِ الغائِبِ المَشْكُوكِ فى حَياتِه ، فإنْ تَبيَّنَ أنَّه كان تالِفًا حين العَقْدِ ، تَبيَّنَّا أنَّ العَقْدَ وَقعَ باطِلًا .

فصل : ولا يَجُوزُ بَيْعُ تُرابِ الصَّاغَةِ والمَعْدِنِ بشىءٍ من جِنْسِه ؛ لأنَّه مالُ رِبًا بِيعَ بجِنْسِه على وَجْهٍ لا تُعْلَمُ المُماثَلَةُ بينهما ، فلم يَصِحَّ ، كبَيْعِ الصُّبْرَةِ بالصُّبْرَةِ . وإنْ بِيعَ بغيرِ جِنْسِه ، فحَكَى ابنُ المُنْذِرِ عن أحمدَ ، كراهَةَ بَيْعِ تُرابِ المَعادِنِ . وهو قولُ عَطاءٍ ، والشَّافِعِيِّ ، والشَّعْبِيِّ ، والثَّوْرِىِّ ، والأوْزاعِىِّ ، وإسْحاقَ[29] ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ . وقال ابنُ أبى مُوسَى فى « الإرْشادِ » : يجوزُ ذلك . وهو قولُ مالِكٍ . ورُوِىَ ذلك عن الحَسَنِ ، والنَّخَعِىِّ ، ورَبِيعَةَ ، واللَّيْثِ[30] ، قالوا: فإنِ اخْتَلَطَ ، أو أشْكَلَ فلْيَبِعْه بِعَرْضٍ ، ولا يَبِعْه بِعَيْنٍ ولا وَرِقٍ ؛ لأنَّه باعَهُ بما لا رِبا فيه ، فجازَ ، كما لو اشْتَرَى ثَوْبًا بدِينارٍ ودِرْهَمٍ .

٧١٨ – مسألة ؛ قال : (وَالْعَرَايَا الَّتِى أَرْخصَ فِيهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ ؛ هُوَ أنْ يُوهَبَ لِلْإنْسَانِ مِنَ النَّخْلِ مَا لَيْسَ فِيهِ خَمْسَةُ أَوْسُقٍ ، فَيَبِيعَهَا بِخَرْصِهَا مِنَ التَّمْرِ لِمَنْ يَأْكُلُهَا رُطَبًا)

فى هذه المَسْأَلَةِ فُصُولٌ خَمسةٌ :

أوَّلُها ، فى إباحَةِ بَيْعِ العَرايا / فى الجُمْلَةِ . وهو قولُ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . منهم مالِكٌ ، وأهْلُ المَدِينَةِ ، والأوْزَاعِىُّ ، وأهْلُ الشَّامِ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسْحاقُ ، وابنُ ١٨٣/٤ ظ

(٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) فى الأصل زيادة : « والشافعى » .

الْمُنْذِرِ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَحِلُّ بَيْعُها ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ[1] الْمُزابَنَةِ ، والمُزابَنَةُ ، بَيْعُ الثَّمَرِ بالتَّمْرِ . مُتَّفَقٌ عليه[2] . ولأنَّه يَبِيعُ الرُّطَبَ بالتَّمْرِ من غير كَيْلٍ فى أَحَدِهِما ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان على وَجْهِ الأَرْضِ ، أو فيما زادَ على خَمْسَةِ أَوْسُقٍ . ولنا ، ما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَخَّصَ فى العَرَايَا فى خَمْسَةِ أَوْسُقٍ ، أو دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ . مُتَّفَقٌ عليه[3] ورَواه زَيْدُ بن ثابتٍ ، وسَهْلُ ابنُ أبى حَثْمَةَ ، وغيرُهما . وخَرَّجَه أَئِمَّةُ الحَدِيثِ فى كُتُبِهِم . وَحَديثُهُم فى سِياقِه : « إِلَّا العَرَايَا » كذلك فى المُتَّفَقِ عليه[4] . وهذه زِيادَةٌ يَجِبُ الأَخْذُ بها . [5]ثُمَّ لو[5] قُدِّرَ تَعارُضُ الحَدِيثَيْنِ ، وَجَبَ تَقْدِيمُ حَدِيثِنا لِخُصُوصِه ، جَمْعًا بين الحَدِيثَيْنِ ، وعَمَلًا بكِلَا النَّصَّيْنِ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : الذى نَهَى عن المُزابَنَةِ هو الذى أَرْخَصَ فى العَرايا ، وطاعَةُ رسولِ اللهِ ﷺ أَوْلَى . والقِياسُ لا يُصارُ إليه مع النَّصِّ مع أنَّ فى الحَدِيثِ ،

---

(1) سقط من : الأصل .

(2) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام ، وباب بيع المزابنة ، وباب بيع الزرع بالطعام كيلا ، من كتاب البيوع ، وفى : باب الرجل يكون له ممر أو شرب فى حائط أو فى نخل ، من كتاب الشرب . صحيح البخارى ٣/٩٦ ، ٩٨ ، ١٠٢ ، ١٥١ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٦٩ ، ١١٧١ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب بيع الثمر بالتمر ، وباب بيع الكرم بالزبيب ، وباب بيع العرايا بالرطب ، وباب بيع الزرع بالطعام ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٣٤ ، ٢٣٦ ، ٢٣٧ . وابن ماجه ، فى : باب المزابنة والمحاقلة ، من كتاب التجارات سنن ابن ماجه ٢/٧٦١ ، ٧٦٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٥ ، ٧ ، ١٦ ، ٦٣ ، ٦٤ ، ١٠٨ ، ١٢٣ ، ٣٩٢ ، ٣/٦ ، ٨ ، ٦٠ ، ٤٦٤ .

(3) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/٩٩ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٧١ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى مقدار العرية ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٢٦ . والنسائى ، فى : باب بيع العرايا بالرطب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٣٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٣٧ .

(4) فيما أخرجه البخارى ، فى : باب الرجل يكون له ممر ... ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ٣/١٥١ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٧١ .

(5 - 5) فى م : « ولو » .

أنَّه أرْخَصَ فى العَرَايَا . والرُّخْصَةُ اسْتِباحَةُ المَحْظُورِ ، مع وُجُودِ السببِ الحاظِرِ ، فلو مَنَعَ وُجُودُ السببِ من الاسْتِباحَةِ ، لم يَبْقَ لنا رُخْصَةٌ بحالٍ .

الفصل الثانى ، أنَّها لا تجوزُ فى زِيادَةٍ على خَمْسَةِ أَوْسُقٍ ، بغير خِلافٍ نَعْلَمُه ، وتَجوزُ فيما دون خمسةِ أَوْسُقٍ ، بغير خِلافٍ بين القائِلِينَ بِجَوازِها . فأمَّا فى خمسة أَوْسُقٍ ، فلا يجوزُ عند إمامِنا رَحِمَهُ اللهُ . وبه قال ابنُ المُنْذِرِ ، والشَّافِعِىُّ فى أحدِ قَوْلَيْهِ . وقال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ فى قولٍ : يجوزُ . ورَواه إسْماعِيلُ بن سَعِيدٍ عن أحمدَ ؛ لأنَّ فى حَدِيثِ زَيْدٍ وسَهْلٍ أنَّه رَخَّصَ فى العَرِيَّةِ ، مُطْلَقًا ، ثم اسْتَثْنَى ما زادَ على الخمسةِ فى حَدِيثِ أبى هريرةَ ، وشَكَّ فى الخَمْسَةِ فاسْتَثْنَى اليَقِينَ ، وبَقِىَ المَشْكُوكُ فيه على مُقْتَضَى الإباحَةِ . ولَنا ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن[6] المُزابَنَةِ . والمُزابَنَةُ : بَيْعُ الثَّمرِ[7] بالتَّمْرِ ، ثم أرْخَصَ فى العَرِيَّةِ فيما دون خَمْسَةِ أَوْسُقٍ ، وشَكَّ فى الخَمْسَةِ ، فيَبْقَى على العُمُومِ فى التَّحْرِيمِ . ولأنَّ العَرِيَّةَ رُخْصَةٌ / بُنِيَتْ على خِلافِ النَّصِّ والقِياسِ يَقِينًا فيما دون الخَمْسَةِ ، والخَمْسَةُ مَشْكُوكٌ فيها ، فلا تَثْبُتُ إباحَتُها مع الشَّكِّ ورَوَى ابنُ المُنْذِرِ[8] ، بإسْنادِهِ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ رَخَّصَ فى بَيْعِ العَرِيَّةِ فى الوَسْقِ والوَسْقَيْنِ والثَّلاثةِ والأرْبَعَةِ . والتَّخْصِيصُ بهذا يَدُلُّ على أنَّه لا تجوزُ الزِّيادَةُ [9]فى العَدَدِ[9] عليه ، كما اتَّفَقْنا على أنَّه لا تجوزُ الزِّيادَةُ على الخمسةِ ؛ لِتَخْصِيصِه إيَّاها بالذِّكْرِ . ورَوَى مُسْلِمٌ[10] عن سَهْلٍ ، أنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ رَخَّصَ فى بَيْعِ العَرِيَّةِ ؛ النَّخْلةِ والنَّخْلَتَيْنِ . ولأنَّ خَمْسَةَ الأَوْسُقِ فى حُكْمِ ما زادَ عليها ؛

١٨٤/٤ و

---

(٦) سقط من : م .

(٧) فى م : « الرطب » .

(٨) وأخرجه البيهقى ، فى : باب ما يجوز من بيع العرايا ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣١١/٥ .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل .

(١٠) فى : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٧٠/٣ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة ، وباب تفسير العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٩٩/٣ ، ١٠٠ .

بِدَلِيلِ وُجُوبِ الزَّكاةِ فيها دون ما نَقَصَ عنها ، ولأنّها قَدْرٌ تَجِبُ الزَّكاةُ فيه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه عَرِيَّةً ، كالزَّائِدِ عليها . فأمَّا قَوْلُهم : أَرْخَصَ فى العَرِيَّةِ مُطْلَقًا ، فلم يَثْبُتْ أنَّ الرُّخْصَةَ المُطْلَقَةَ سابِقَةٌ على الرُّخصةِ المُقَيَّدَةِ ، ولا مُتَأَخِّرَةٌ عنها ، بل الرُّخصةُ واحِدَةٌ ، رَواها بعضُهم مُطْلَقَةً وبعضُهم مُقَيَّدَةً ، فيَجِبُ حَمْلُ المُطْلَقِ على المُقَيَّدِ ، ويَصِيرُ القَيْدُ المَذْكُورُ فى أحد الحَدِيثَيْنِ كأنَّه مَذْكُورٌ فى الآخرِ ، ولذلك يُقَيَّدُ فيما زادَ على الخَمْسَةِ ، اتِّفاقًا .

فصل : ولا يجوزُ أنْ يَشْتَرِىَ أكْثَرَ من خَمْسَةِ أَوْسُقٍ ، فيما زادَ على صَفْقَةٍ ، سَواءٌ اشْتَراها من واحِدٍ أو من جَماعَةٍ . وقال الشَّافِعِىُّ : يجوزُ للإنْسانِ بَيْعُ جَمِيعِ ثَمَرِ حائِطِه عَرايا ، من رَجُلٍ واحِدٍ ، ومن رِجالٍ ، فى عُقُودٍ مُتَكَرِّرَةٍ ؛ لِعُمُومِ حَدِيثِ زَيْدٍ وسَهْلٍ ، ولأنَّ كلَّ عَقْدٍ جازَ مَرَّةً ، جَازَ أنْ يَتَكَرَّرَ ، كسائِرِ البُيوعِ . ولَنا ، (11)أنَّ النَّهْىَ عن المُزابَنَةِ عامٌّ(11) ، اسْتَثْنَى منه العَرِيَّةَ فيما دونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ ، فما زادَ يَبْقَى على العُمُومِ فى التَّحْرِيمِ . ولأنَّ ما لا يجوزُ عليه العَقْدُ مَرَّةً إذا كان نَوْعًا واحِدًا ، لا يجوزُ فى عَقْدَيْنِ ، كالذى على وَجْهِ الأرْضِ ، وكالجَمْعِ بين الأُخْتَيْنِ ، فأمَّا حَدِيثُ سَهْلٍ فإنّه مُقَيَّدٌ بالنَّخْلَةِ والنَّخْلَتَيْنِ ؛ بِدَلِيلِ ما رَوَيْنا ، فيَدُلُّ على تَحْرِيمِ الزِّيادَةِ عليهما(12) ، ثم إنَّ المُطْلَقَ يُحْمَلُ على المُقَيَّدِ كما فى العَقْدِ الواحِدِ . فأمّا إنْ باعَ رَجُلٌ عَرِيَّتَيْنِ من رَجُلَيْنِ فيهما أكْثَرُ من خَمْسَةِ أَوْسُقٍ ، جازَ . وقال أبو بكرٍ والقاضِى : لا يجوزُ ؛ لما ذَكَرْنا فى المُشْتَرِى . ولَنا ، أنَّ المُغَلَّبَ فى التَّجْوِيزِ / حاجَةُ المُشْتَرِى ؛ بِدَلِيلِ ما رَوَى مَحْمُودُ بن لَبِيدٍ قال : قلت لِزَيْدِ بن ثابِتٍ : ما عَرايَاكُم هذه ؟ فسَمَّى رِجالًا مُحْتاجِينَ من الأنْصارِ ، شَكَوْا إلى رسُولِ اللهِ ﷺ أنَّ الرُّطَبَ يَأْتِى ولا نَقْدَ بأيْدِيهِمْ يَبْتاعُونَ به رُطَبًا يأْكُلُونَه ، وعِنْدَهُم فُضُولٌ من التَّمْرِ ، فرَخَّصَ

184/4 ظ

(11 – 11) فى م : « عموم النهى عن المزابنة » .
(12) فى الأصل : « عليها » .

لهم أنْ يَبْتاعُوا العَرايا بِخَرْصِها من التَّمْرِ الذى فى أَيْدِيهِمْ يأْكُلُونَه رُطَبًا[١٣] . وإذا كان سَبَبُ الرُّخْصَة حاجَةَ المُشْتَرِى ، لم تُعْتَبَرْ حاجَةُ البائِعِ إلى البَيْعِ ، فلا يَتَقَيَّدُ فى حَقِّه بِخَمْسَةِ أَوْسُقٍ . ولأنَّنا لو اعْتَبَرْنَا الحاجَةَ مِن المُشْتَرِى وحاجَةَ البائِعِ إلى البَيْعِ ، أَفْضَى إلَى أنْ لا يَحْصُلَ الإرْفَاقُ[١٤] ، إذ لا يَكادُ يَتَّفِقُ وُجُودُ الحاجَتَيْنِ ، فتَسْقُطُ الرُّخْصَةُ . فإن قُلْنا : لا يجوزُ ذلك ، بَطَلَ العَقْدُ الثانى . فإن اشْتَرَى عَرِيَّتَيْنِ أو باعَهُما ، وفيهما أَقَلُّ من خَمْسَةِ أَوْسُقٍ ، جازَ ، وَجْهًا واحِدًا .

الفصل الثالثُ ، أنَّه لا يُشْتَرَطُ فى بَيْعِ العَرِيَّةِ أنْ تَكونَ مَوْهُوبةً لِبائِعِها . هذا ظاهِرُ كَلامِ أصْحابِنا . وبه قال الشَّافِعِىُّ . وظاهِرُ قولِ الخِرَقِىِّ ، أنَّه شَرْطٌ . وقد رَوَى الأَثْرَمُ ، قال : سَمِعْتُ أحْمَدَ يُسْأَلُ[١٥] عن تَفْسِيرِ العَرايا . فقال : العَرايا أن يُعَرِّىَ الرَّجُلُ الجارَ أو القَرابَةَ لِلْحاجَةِ أو المَسْكَنَةِ ، فللمُعَرَّى أنْ يَبِيعَها ممَّن شاءَ . وقال مالِكٌ : بَيْعُ العَرايا الجائِزُ هو أنْ يُعَرِّىَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ نَخلاتٍ من حائِطِه ، ثم يَكْرَه صاحِبُ الحائِطِ دُخُولَ الرَّجُلِ المُعَرَّى حائِطَه[١٦] ؛ لأنَّه ربَّما كان مع أهْلِه فى الحائِطِ ، فيُؤْذِيه[١٧] دُخُولُ صاحِبِه عليه ، فيجوزُ أنْ يَشْتَرِيَها منه . واحْتَجُّوا بأنَّ العَرِيَّةَ فى اللُّغَةِ هِبَةُ ثَمَرَةِ النَّخِيلِ عَامًا . قال أبو عُبَيْدٍ[١٨] : الإعْراءُ ، أن يَجْعَلَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ ثَمَرَةَ نَخْلِه عَامَها ذلك . قال [١٩]شاعِرُ الأنْصارِ[١٩] يَصِفُ النَّخْلَ :

لَيْسَتْ بِسَنْهَاءَ ولا رُجَّبِيَّةٍ ... ولَكِنْ عَرَايَا فى السِّنِينَ الجَوَائِحِ[٢٠]

---

(١٣) ذكره الزيلعى فى نصب الراية ١٣/٤ ، ١٤ ، وقال : لم أجد له سندًا بعد الفحص البالغ . وذكره الشافعى ، فى : باب بيع العرايا ، من كتاب البيوع . الأم ٤٧/٣ .

(١٤) الإرفاق : النفع .

(١٥) فى م : « سئل » .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) فى الأصل : « فيكره » .

(١٨) فى غريب الحديث ٢٣١/١ .

(١٩ - ١٩) فى م : « الشاعر الأنصارى » . والمثبت فى : الأصل ، وغريب الحديث .

(٢٠) البيت لسويد بن الصامت ، كما فى غريب الحديث واللسان (ر ج ب ، س ن هـ ، ع ر ى) . وأنشده =

يقول : إنا نُعَرِّيها النَّاسَ . فتعَيَّنَ صَرْفُ اللَّفْظِ إلى مَوْضُوعِه لُغَةً ومُقْتَضاهُ فى العَرَبيَّةِ ، ما لم يُوجَدْ ما يَصْرِفُه عن ذلك . ولنا ، حَدِيثُ زَيْدِ بن ثابِتٍ ، وهو حُجَّةٌ على مالِكٍ ، [21] فى تَصْرِيحِه / بِجَوازِ [21] بَيْعِها من غير الواهِبِ ، ولأنَّه لو كان لحاجَةِ الواهِبِ لما اخْتُصَّ بخَمْسَةِ أَوْسُقٍ ، لِعَدَمِ اخْتِصاصِ الحاجَةِ بها . ولم يَجُزْ بَيْعُها بالتَّمْرِ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ من حال صاحِبِ الحائِطِ الذى له النَّخِيلُ الكَثِيرُ يُعَرِّيهِ الناسَ ، أنَّه لا يَعْجِزُ عن أداءِ ثَمَنِ العَرِيَّةِ ، وفيه حُجَّةٌ على من اشْتَرطَ كَوْنَها مَوْهُوبَةً لِبائِعِها ؛ لأنَّ عِلَّةَ الرُّخْصَةِ حاجَةُ المُشْتَرِى إلى أكْلِ الرُّطَبِ ، ولا ثَمَنَ معه سِوَى التَّمْرِ ، فمتى وُجِدَ ذلك ، جازَ البَيْعُ . ولأنَّ اشْتِراطَ كَوْنِها مَوهُوبةً مع اشْتِراطِ حاجَةِ المُشْتَرِى إلى أكْلِهَا رُطَبًا ، ولا ثَمَنَ معه ، يُفْضِى إلى سُقُوطِ الرُّخْصَةِ ، إذ لا يكادُ يَتَّفِقُ ذلك . ولأنَّ ما جازَ بَيْعُه إذا كان مَوهُوبًا ، جَازَ وإنْ لم يكن مَوْهُوبًا ، كسائِرِ الأمْوالِ ، وما جازَ بَيْعُه لِواهِبِه ، جازَ لغيرِه ، كسائِرِ الأمْوالِ ، وإنّما سُمِّىَ عَرِيَّةً لِتَعَرِّيهِ عن[22] غيرِه ، وإفْرادِهِ بالبَيْعِ .

١٨٥/٤ و

الفصل الرَّابع ، أنَّه إنَّما يَجُوزُ بَيْعُها بِخَرْصِها من التَّمْرِ ، لا أَقَلَّ منه ولا أكْثَرَ ، ويَجِبُ أنْ يكونَ التَّمْرُ الذى يَشْتَرِى به مَعْلُومًا بالكَيْلِ ، ولا يَجُوزُ جُزافًا . لا نَعْلَمُ فى هذا عند من أباحَ بَيْعَ العَرايا اخْتِلافًا ؛ لما رَوَى زَيْدُ بن ثابِتٍ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ أرْخَصَ فى العَرَايَا أنْ تُبَاعَ بِخَرْصِها كَيْلًا . مُتَّفَقٌ عليه[23] . ولِمُسْلِمٍ ، أنْ تُؤْخَذَ

= أيضا ثعلب فى مجالسه ٩٤ . قال ابن منظور فى (رجب) إنه يروى : رجبية ، بضم الراء وتخفيف الجيم المفتوحة وتشديدها ، قال : كلاهما نسب نادر ، والتثقيل أذهب فى الشذوذ ، ثم قال : وقد روى بيت سويد ابن الصامت بالوجهين جميعا .

(٢١ - ٢١) فى الأصل : « تصريحه فى جواز » .

(٢٢) فى الأصل : « من » .

(٢٣) أخرجه البخارى ، فى : باب تفسير العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ١٠٠/٣ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٩/٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١٨١/٥ ، ١٨٨ . وانظر . فتح البارى ٣٩٢/٤ ، ٣٩٣ ، تلخيص الحبير ٢٩/٣ ، ١٣٠

بمثلِ خَرْصِهَا تَمْرًا يَأْكُلُها أهْلُها رُطَبًا . ولأنَّ الأصْلَ اعْتِبارُ الكَيْلِ من الطَّرَفَيْنِ ، سَقَطَ فى أحَدِهِما لِلتَّعَذُّرِ ، فيَجِبُ فى الآخَرِ بقَضِيَّةِ الأصْلِ . ولأنَّ تَرْكَ الكَيْلِ من الطَّرَفَيْنِ يُكْثِرُ الغَرَرَ ، وفى تَرْكِه من أحَدِهِما يُقَلِّلُ الغَرَرَ ، ولا يَلْزَمُ من صِحَّتِه مع قِلَّةِ الغَرَرِ ، صِحَّتُه مع كَثْرَتِه . ومعنى خَرْصِها بمِثْلِها من التَّمْرِ ، أن يُطِيفَ الخارِصُ بالعَرِيَّةِ ، فيَنْظُرَ كَم يَجِىءُ منها تَمْرًا ، (24)فيَشْتَرِيَها المُشْتَرِى بمِثْلِها تَمْرًا(24) . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . ونَقَلَ حَنْبَلٌ عن أحمدَ ، أنَّه قال : يَخْرُصُها رُطَبًا ، ويُعْطِى تَمْرًا رُخْصَةً . وهذا يَحْتَمِلُ الأوَّلَ ، ويَحتمِلُ أنَّه يَشْتَرِيها بتَمْرٍ مثلِ الرُّطَبِ الذى عليها ؛ لأنَّه بَيْعٌ اشْتُرِطَتِ المُماثَلَةُ فيه ، فاعْتُبِرَتْ حالَ البَيْعِ كسائِرِ البُيُوعِ . ولأنَّ الأصْلَ اعْتِبارُ المُماثَلَةِ فى الحالِ ، وأنْ لا يُباعَ الرُّطَبُ بالتَّمْرِ . خُولِفَ الأصْلُ فى بَيْعِ الرُّطَبِ بالتَّمْرِ ، /فيَبْقَى فيما عَداهُ على قَضِيَّةِ الدَّلِيلِ . وقال القاضى : الأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّه يُبنى على خَرْصِ الثِّمارِ فى العُشْرِ الصَّحِيحِ ، ثُم خَرْصِه تَمْرًا . أو لأنَّ(25) المُمَاثَلَةَ فى بَيْعِ التَّمْرِ بالتَّمْرِ مُعْتَبَرَةٌ حالةَ الادِّخارِ ، وبَيْعُ الرُّطَبِ بمِثْلِه تَمْرًا يُفْضِى إلى فَواتِ ذلك . فأمَّا إن اشْتَراها بخَرْصِها رُطَبًا ، لم يَجُزْ . وهذا أحَدُ الوُجُوهِ لأصْحابِ الشَّافِعِىِّ . والثانى ، يجوزُ . والثالث ، لا يجوزُ مع اتِّفاقِ النَّوْعِ ، ويجوزُ مع اخْتِلافِه . وَوَجْهُ جَوازِهِ ، ما رَوَى الْجُوزَجانِىُّ ، عن أبى صالحٍ ، عن اللَّيْثِ ، عن ابن شِهابٍ ، عن سالِمٍ ، عن ابن عُمَرَ ، عن زَيْدِ بن ثابتٍ ، عن رسولِ اللهِ ﷺ ، أنَّه أرْخَصَ بعدَ ذلك فى بَيْعِ العَرِيَّةِ بالرُّطَبِ ، أو التَّمْرِ ، ولم يُرَخِّصْ فى غير ذلك(26) . ولأنَّه إذا جازَ بَيْعُ الرُّطَبِ بالتَّمْرِ مع اخْتِصاصِ أحَدِهِما بالنَّقْصِ فى ثانى الحالِ ، فلأن يجوزَ مع عَدَمِ ذلك أوْلَى . ولَنا ، ما رَوَى مُسْلِمٌ(27) بإسْنادِه عن زَيْدِ

185/4 ظ

(24 - 24) سقط من : الأصل .

(25) فى م : « ولأن » .

(26) أخرجه النسائى ، فى : باب بيع العرايا بالرطب ، من كتاب البيوع . المجتبى 7/235 . والدارمى ، فى : باب فى العرايا ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى 2/252 . والبيهقى ، فى : باب من أجاز بيع العرايا بالرطب أو التمر ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى 5/311 .

(27) تقدم تخريجه فى الصفحة السابقة .

ابنِ ثابتٍ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ أَرْخصَ فى العَرَايَا أنْ تُؤْخذَ بمثلِ خَرْصِهَا تَمْرًا . وعن سَهْلِ بن أبى حَثْمَةَ ، أنَّ رَسُولَ الله ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الثَّمَرِ بالتَّمْرِ ، وقال : « ذَٰلِكَ الرِّبَا ، تِلْكَ المُزَابَنَةُ » . إلَّا أنَّه رَخَّصَ فى العَرِيَّةِ ، النَّخْلَةِ والنَّخْلَتَيْنِ ، يَأْخُذُها أهْلُ البَيْتِ بِخَرْصِهَا تَمْرًا ، يَأْكُلُونَها رُطَبًا[٢٨] . ولأنَّه مَبِيعٌ يَجِبُ فيه مِثْلُه تَمْرًا ، فلم يَجُزْ بَيْعُه بمِثْلِه رُطَبًا ، كالتَّمْرِ الجافِّ . ولأنَّ مَن له رُطَبٌ فهو مُسْتَغْنٍ عن شِراءِ الرُّطَبِ بأكْلِ ما عنده ، وبَيْعُ العَرايا يُشْتَرَطُ فيه حاجَةُ المُشْتَرِى ، على ما أسْلَفْناه . وحَدِيثُ ابن عُمَرَ شَكٌّ فى الرُّطَبِ والتَّمْرِ ، فلا يجوزُ العَمَلُ به مع الشَّكِّ ، سِيَّما وهذه الأَحَادِيثُ تُبَيِّنُه ، وتُزِيلُ الشَّكَّ .

فصل : ويُشْتَرَطُ فى بَيْعِ العَرايا التَّقابُضُ فى المَجْلِسِ . وهٰذا قولُ الشَّافِعِىِّ ، ولا نَعْلَمُ فيه مُخالِفًا ؛ لأنَّه بَيْعُ تَمْرٍ بِتَمْرٍ ، فاعْتُبِرَ فيه شُرُوطُه ، إلَّا ما اسْتَثْناه الشَّرْعُ ممَّا لا[٢٩] يمكنُ اعْتِبارُه فى بَيْعِ العَرايا . والقَبْضُ فى كلِّ واحدٍ منهما على حَسبِه ، ففى التَّمْرِ اكْتِيالُه أو نَقْلُه ، وفى الثَّمَرَةِ التَّخْلِيَةُ . وليس من شُرُوطِه حُضُورُ التَّمْرِ عند النَّخِيلِ ، بل لو تَبايَعا بعد مَعْرِفَةِ التَّمْرِ والثَّمَرةِ ، ثم مَضَيا جَمِيعًا إلى النَّخْلَةِ ، فسَلَّمَها إلى مُشْتَرِيها ، ثم مَشَيا إلى التَّمْرِ فتَسَلَّمَهُ من مُشْتَرِيها ، أو تَسَلَّمَ / التَّمْرَ ثم مَضَيا إلى النَّخْلَةِ جميعا فسَلَّمَها إلى مُشْتَرِيها ، أو سَلَّمَ النَّخْلَةَ ، ثم مَضَيا إلى التَّمْرِ فتَسَلَّمَهُ ، جازَ ؛ لأنَّ التَّفَرُّقَ لا يَحْصُلُ قبل القَبْضِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ بَيْعَ العَرِيَّةِ يَقَعُ على وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ، أنْ يقولَ : بِعْتُكَ ثَمَرَةَ هذه النَّخْلَةِ بكذا وكذا من التَّمْرِ . ويَصِفُه . والثانى ، أنْ يَكِيلَ من التَّمْرِ بِقَدْرِ خَرْصِها ، ثم يقولَ : بِعْتُكَ هذا بهذا ، أو يقولَ : بِعْتُكَ ثَمَرَةَ هذه النَّخْلَةِ بهذا التَّمْرِ ، ونحوَ هذا . وإنْ باعَه بِمُعَيَّنٍ فقَبْضُه بنَقْلِه وأخْذِه ، وإنْ باعَ بمَوْصُوفٍ فقَبْضُه باكْتِيالِه .

١٨٦/٤ و

---

(٢٨) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢١

(٢٩) فى الأصل : « لم » .

الفصل الخامس ، أنَّه لا يجوزُ بَيْعُها إلَّا لِمُحْتاجٍ إلى أكْلِها رُطَبًا ، ولا يجوزُ بَيْعُها لِغَنِىٍّ . وهذا أحدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ ، وأباحَها فى القولِ الآخَرِ مُطْلَقًا لكلِّ أحدٍ ؛ لأنَّ كلَّ بَيْعٍ جازَ لِلْمُحتاجِ ، جازَ لِلغَنِىِّ ، كسائِرِ البِياعاتِ ، ولأنَّ حَدِيثَ أبى هُرَيْرَةَ وسَهْلٍ[30] مُطْلَقانِ . ولَنا ، حَدِيثُ زَيْدِ بن ثابتٍ[31] ، حين سَأَلَه مَحْمُودُ بن لَبِيدٍ ما عَرَايَاكُم هذه ؟ فسَمَّى رِجالًا مُحْتَاجِينَ من الأنْصارِ ، شَكَوْا إلى رَسُولِ اللهِ ﷺ أنَّ الرُّطَبَ يَأْتِى ولا نَقْدَ بأيْدِيهم يَبْتَاعُونَ به رُطَبًا يأْكُلُونَه ، وعندهم فُضُولٌ من التَّمْرِ ، فرَخَّصَ لهم أنْ يَبْتَاعُوا العَرَايَا بِخَرْصِها من التَّمْرِ يأْكُلُونَه رُطَبًا . ومتى خُولِفَ الأصْلُ بِشَرْطٍ ، لم تَجُزْ مُخالَفَتُه بدون ذلك الشَّرْطِ . ولأنَّ ما أُبِيحَ لِلحاجَةِ ، لم يُبَحْ مع عَدَمِها ، كالزَّكاةِ للمَساكِينِ ، والتَّرَخُّصِ[32] فى السَّفَرِ . فعلى هذا ، متى كان صاحِبُها غيرَ مُحْتاجٍ إلى أكْلِ الرُّطَبِ ، أو كان مُحْتاجًا ، ومعه من الثَّمَنِ ما يَشْتَرِى به العَرِيَّةَ ، لم يَجُزْ له شِراؤُها بالتَّمْرِ ، وسواءٌ باعَها لِواهِبِها تَحَرُّزًا من دُخُولِ صاحِبِ العَرِيَّةِ حائِطَه كمذهبِ مالِكٍ ، أو لغيره ، فإنَّه لا يجوزُ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : يُباحُ . ويَحْتَمِلُه كَلامُ أحمدَ ؛ لأنَّ الحاجَةَ وُجِدَتْ من الجانِبَيْنِ ، فجازَ . كما لو كان المُشْتَرِى مُحْتاجًا إلى أكْلِها . ولنا ، حَدِيثُ زَيْدٍ الذى ذَكَرْناهُ ، والرُّخْصَةُ لمعنًى خاصٍّ لا تَثْبُتُ مع عَدَمِه ، ولأنَّ فى حَدِيثِ زَيْدٍ وسَهْلٍ : « يأْكُلُها أهْلُها رُطَبًا » . ولو جازَ لِتَخْلِيصِ المُعَرَّى لَما شَرَطَ ذلك . فيُشترطُ إذًا / فى بَيْعِ العَرِيَّةِ شُرُوطٌ خمسةٌ ، أنْ يكونَ فيما دون خَمْسَةِ أوْسُقٍ ، وبَيْعُها بخَرْصِها من التَّمْرِ ، وقَبْضُ ثَمَنِها قبل التَّفَرُّقِ ، وحاجَةُ المُشْتَرِى إلى أكْلِ الرُّطَبِ ، وأنْ لا يكونَ معه ما يَشْتَرِى به سِوَى التَّمْرِ . واشْتَرَطَ القاضِى وأبو بَكْرٍ شَرْطًا سادِسًا ، وهو حاجَةُ البائِعِ إلى البَيْعِ . واشْتَرَطَ الخِرَقِىُّ ، كَوْنَها مَوْهُوبَةً لبائِعِها . واشْتَرَطَ أصْحابُنا لِبَقاءِ العَقْدِ ، بأنْ

١٨٦/٤ ظ

---

(٣٠) حديث أبى هريرة تقدم فى صفحة ١٢٠ ، وحديث سهل تقدم فى صفحة ١٢١ .

(٣١) تقدم تخريج حديث زيد بن ثابت فى صفحة ١٢٤ .

(٣٢) فى الأصل : « الرخص » .

يَأْكُلَها أَهْلُها رُطَبًا . فإِنْ تَرَكَها حتى تَصِيرَ تَمْرًا بَطَلَ العَقْدُ . وسَنَذْكُرُ ذلك إنْ شاءَ اللهُ تعالى .

٧١٩ ـ مسألة ؛ قال : (فإن تَرَكَهُ المُشْتَرِى حَتَّى يُتْمِرَ بَطَلَ العَقْدُ)

يَعْنِى إنْ لم يَأْخُذْها المُشْتَرِى رُطَبًا بَطَلَ العَقْدُ ، خِلافًا للشَّافِعِىِّ فى قوله : لا يَبْطُلُ . (١وعن أحمدَ مثلُه١) ؛ لأنَّ كلَّ ثَمَرَةٍ جازَ بَيْعُها رُطَبًا ، لا يَبْطُلُ العَقْدُ إذا صارَتْ تَمْرًا ، كغَيْرِ العَرِيَّةِ . ولنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « يَأْكُلُها أَهْلُها رُطَبًا »[٢] . ولأنَّ شِراءَها (٣إنَّما جازَ٣) للحاجَةِ إلى أَكْلِ الرُّطَبِ ، فإذا أَتْمَرَتْ تَبَيَّنَّا عَدَمَ الحاجَةِ ، فيَبْطُلُ العَقْدُ . ثم لا فَرْقَ بين تَرْكِه لِغِناهُ عنها ، أو مع[٤] حاجَتِه إليها ، أو تَرْكِها لِعُذْرٍ ، أو لغيرِ عُذْرٍ ؛ لِلْخَبَرِ . ولو أَخَذَها رُطَبًا فتَرَكَها عنده فأَتْمَرَتْ ، أو شَمَّسَها ، حتى صارَتْ تَمْرًا ، جازَ ؛ لأنَّه قد أَخَذَها . ونُقِلَ عن أحمدَ روايةٌ أُخْرَى فى مَن اشْتَرَى ثَمَرَةً قبل بُدُوِّ صَلاحِها ، ثم تَرَكَها حتى بَدا صَلاحُها ، لا يَبْطُلُ البَيْعُ . فيُخَرَّجُ هٰهُنا مِثْلُه . فإنْ أَخَذَ بَعْضَها رُطَبًا ، وتَرَكَ بَاقِيَها حتى أَتْمَرَ ، فهل يَبْطُلُ البَيْعُ فى الباقِى ؟ على وَجْهَيْنِ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ العَرِيَّةِ فى غيرِ النَّخِيلِ . وهو اخْتِيارُ ابن حامِدٍ ، وقولُ اللَّيْثِ ابن سَعْدٍ . إلَّا أنْ يكونَ مما ثَمَرَتُه لا يَجْرِى فيها الرِّبا ، فيجوزُ بَيْعُ رَطْبِها بِيابِسِها ؛ لِعَدَمِ جَرَيانِ الرِّبا فيها . ويَحتمِلُ أنْ يجوزَ فى العِنَبِ والرُّطَبِ دون غيرِهما . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ العِنَبَ كالرُّطَبِ فى وُجُوبِ الزَّكَاةِ فيهما ، وجَوازِ خَرْصِهما ، وتَوْسِيقِهما ، وكَثْرَةِ تَيْبِيسِهما ، واقْتِياتِهما فى بعض البُلْدانِ ، والحاجَةِ إلى أَكْلِ رَطْبِهما ، والتَّنْصِيصُ على الشىءِ يُوجِبُ ثُبُوتَ الحُكْمِ فى مِثْلِه . ولا يَجوزُ فى

(١ – ١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٤ .

(٣ – ٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى م : « ما » .

غيرِهما ؛ لاخْتِلافِهِما فى أكْثَرِ هذه المَعانِى ، / فإنَّه لا يمكنُ خَرْصُها ؛ لِتَفرُّقِها فى الأغْصانِ ، واسْتِتارِها بالأوْراقِ ، ولا يَقْتاتُ يابِسَها ، فلا يَحْتاجُ إلى الشِّراءِ به . 187/4 و

وقال القاضِى : يجوزُ فى سائِرِ الثِّمارِ . وهو قولُ مالِكٍ والأوْزاعِىِّ ، قِياسًا على ثَمَرَةِ النَّخِيل . ولنا ، ما رَوَى التِّرمِذِىُّ[5] ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن المُزابَنَةِ ، الثَّمرِ بالتَّمْرِ ، إلَّا أصْحَابَ العَرايا ، فإنَّه قد أذِنَ لهم ، وعن بَيْعِ العِنَبِ بالزَّبِيبِ ، وكلِّ ثَمَرَةٍ بِخَرْصِها . وهذا حَدِيثٌ حَسَنٌ . وهذا يَدُلُّ على تَخْصِيصِ العَرِيَّةِ بالتَّمْرِ . وعن زَيْدِ بن ثابتٍ ، عن رسولِ اللهِ ﷺ ، أنَّه رَخَّصَ[6] بعد ذلك فى بَيْعِ العَرِيَّةِ بالرُّطَبِ أو بالتَّمْرِ[7] . ولم يُرَخِّصْ فى غيرِ ذلك . وعن ابن عُمَرَ قال : نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عن المُزَابَنَةِ[8] ، والمَزَابَنَةُ : بَيْعُ ثَمَرِ النَّخْلِ بالتَّمْرِ كَيْلًا ، وبَيْعُ العِنَبِ بالزَّبِيبِ كَيْلًا ، وعن كلِّ ثَمَرَةٍ بِخَرْصِه . ولأنَّ الأصْلَ يَقْتَضِى تَحْرِيمَ بَيْعِ العَرِيَّةِ ، وإنما جازَتْ فى ثَمَرَةِ النَّخِيلِ رُخْصَةً ، ولا يَصِحُّ قِياسُ غيرِها عليها لِوَجْهَيْنِ ؛ أحدِهما ، أنَّ غيرَها لا يُساوِيها فى كَثْرَةِ الاقْتِياتِ بها ، وسُهُولَةِ خَرْصِها ، وكونِ الرُّخصَةِ فى الأصْلِ لأهْلِ المَدِينَةِ ، وإنَّما كانت حاجَتُهم إلى الرُّطَبِ دونَ غيرِه . الثانى ، أنَّ القِياسَ لا يُعْمَلُ به إذا خالَفَ نَصًّا ، وقِياسُهُم يُخالِفُ نُصُوصًا غيرَ مَخْصُوصَةٍ ، وإنَّما يجوزُ التَّخْصِيصُ بالقِياسِ على المَحلِّ المَخْصُوصِ ، ونَهْىُ النَّبِىِّ ﷺ عن بَيْعِ العِنَبِ بالزَّبِيبِ لم يَدْخُلْه تَخْصِيصٌ فيُقاسُ عليه ، وكذلك سائِرُ الثِّمارِ . واللهُ أعلم .

---

(5) فى : باب ما جاء فى العرايا والرخصة فى ذلك ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى 307/5 .
(6) فى الأصل : « أرخص » .
(7) تقدم تخريجه فى صفحة 125 .
(8) تقدم تخريجه فى صفحة 120 .

بابُ بَيْعِ الأُصُولِ والثِّمارِ

٧٢٠ – مسألة ؛ قال أبو القَاسِمِ ، رَحِمَهُ اللهُ : (**وَمَنْ بَاعَ نَخْلًا مُؤَبَّرًا ، وَهُوَ مَا قَدْ تَشَقَّقَ طَلْعُه ، فالثَّمَرَةُ للبائعِ مَتْرُوكَةً فى النَّخْلِ إلى الجِزَازِ ، إلَّا أنْ يَشْتَرِطَها المُبْتَاعُ**)

أصْلُ الإبارِ عند أهْلِ العِلْمِ : التَّلْقِيحُ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : إلَّا أنَّه لا يكونُ حتى يَتَشَقَّقَ الطَّلْعُ ، وتَظْهَرَ الثَّمَرَةُ ، فَعُبِّرَ به عن ظُهُورِ الثَّمَرَةِ ؛ لِلزُومِه منه . والحُكْمُ مُتَعَلِّقٌ بالظُّهُورِ ، دون نَفْسِ التَّلْقِيحِ ، بغيرِ اخْتِلافٍ بين العُلَمَاءِ ، يُقال : أبرتُ النَّخْلَةَ بالتَّخْفيفِ والتَّشْديدِ ، فهى مُؤَبَّرَةٌ / ومَأْبُورَةٌ . ومنه قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « خَيْرُ المَالِ سِكَّةٌ مَأْبُورَةٌ »[1] . والسِّكَّةُ : النَّخْلُ المَصْفوفُ . وأَبَرْتُ النَّخْلَةَ ، آبُرُها ، أَبْرًا ، وإبَارًا ، وأَبَّرْتُهَا تَأْبِيرًا ، وتَأَبَّرتِ النَّخْلَةُ ، وائْتَبَرتْ ، ومنه قولُ الشاعرِ :

١٨٧/٤ ظ

* تَأَبَّرِى يا خَيْرَةَ الفَسِيلِ[2] *

وفَسَّرَ الخِرَقِىُّ المُؤَبَّرَ بما قد تَشَقَّقَ طَلْعُه ؛ لِتَعَلُّقِ الحُكْمِ بذلك ، دون نَفْسِ التَّأْبيرِ . قال القاضى : [3]وقد يتشَقَّقُ الطَّلْعُ بنفسِهِ فيظْهَرُ[3] ، وقد يَشُقُّهُ الصَّعَّادُ فَيظْهَرُ . وأَيُّهما كانَ فهو التَّأْبيرُ المُرادُ هٰهُنا .

وفى هذه المَسْأَلَةِ فُصولٌ ثَلاثَةٌ :

الأول : أنَّ البَيْعَ متى وَقَعَ على نَخْلٍ مُثْمِرٍ ، ولم يَشْتَرِطِ[4] الثَّمَرَةَ ، وكانت

---

(١) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤٦٨/٣ . والطبرانى فى المعجم الكبير ١٠٧/٧ . كلاهما عن سويد بن هبيرة .

(٢) الرجز فى اللسان ، وتاج العروس (أ ب ر) .

(٣ – ٣) سقط من : م .

(٤) فى الأصل : « يشرط » .

الثَّمَرَةُ مُؤَبَّرَةً ، فهى لِلْبائِعِ . وإن كانت غيرَ مُؤَبَّرةٍ ، فهى لِلْمُشْتَرِى . وبهذا قال مالِكٌ، واللَّيْثُ ، والشَّافِعِىُّ . وقال ابنُ أبى ليلى : هى لِلْمُشْتَرِى فى الحَالَيْنِ ؛ لأنَّها مُتَّصِلَةٌ بالأَصْلِ[٥] اتِّصالَ خِلْقَةٍ ، فكانت تابعَةً له ، كالأغْصانِ . وقال أبو حنيفةَ ، والأَوْزَاعِىُّ : هى لِلْبائعِ فى الحالَيْنِ[٦] ؛ لأَنَّ هذا نماءٌ له حَدٌّ ، فلم يَتْبَعْ أصْلَهُ فى البَيْعِ ، كالزَّرْعِ فى الأَرْضِ . ولنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « من ابْتاعَ نَخْلًا بعدَ أنْ تُؤَبَّرَ ، فثَمَرَتُها للَّذِى بَاعَها ، إلَّا أن يَشْتَرِطَ المُبْتَاعُ » . مُتَّفَقٌ عليه[٧] . وهذا صَرِيحٌ فى رَدِّ قولِ ابنِ أبى[٨] ليلى ، وحُجَّةٌ على أبى حنيفةَ والأَوْزَاعِىِّ بمَفْهُومِهِ ؛ لأنَّه جَعَلَ التَّأْبيرَ حَدًّا لِمِلْكِ البائعِ للثَّمَرَةِ ، فيكونُ ما قبلَه لِلْمُشْتَرى ، وإلَّا لم يَكُنْ حَدًّا ، ولا كان ذِكْرُ التَّأْبيرِ مُفيدًا . ولأنَّه نَماءٌ كامِنٌ لِظُهُورِهِ غايَةٌ ، فكان تابعًا لأَصْلِه قبلَ ظُهورِه ، وغيرَ تابعٍ له بعدَ ظُهورِه ، كالحَمْلِ فى الحَيَوانِ . فأمَّا الأَغْصانُ ، فإنَّها تَدْخُلُ فى اسْمِ النَّخْلِ ، وليس لانْفِصالِها غايَةٌ ، والزَّرْعُ ليس من نَماءِ الأَرْضِ ، وإنَّما هو مُودَعٌ فيها .

الفصل الثانى : أنَّه مَتَى اشْتَرَطَها أحَدُ المُتَبايِعَيْنِ ، فهى له ، مُؤَبَّرَةً كانت أو غيرَ مُؤَبَّرةٍ ، البائعُ فيه والمُشْتَرِى سَواءٌ . وقال مالِكٌ : إنِ اشْتَرَطَها المُشْتَرى بعد التَّأْبيرِ ، جازَ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ شِرائِها مع أصْلِها ، وإنِ اشْتَرَطَها البائعُ قبلَ[٩] التَّأْبيرِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ اشْتِراطَه لها بمَنْزِلَةِ شِرائِه لها قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها بِشَرْطِ تَرْكِها . ولنا ، أنَّه اسْتَثْنَى بعضَ ما وَقَعَ عليه العَقْدُ وهو مَعْلومٌ ، فصَحَّ ، كما لو باعَ حائِطًا ، واسْتَثْنَى نَخْلَةً / بِعَيْنِها . ولأنَّ النَّبِىَّ ﷺ : نَهَى عن الثُّنْيا[١٠] ، إلَّا أن تُعْلَمَ[١١] . ولأنَّه أحَدُ   ٤/١٨٨ و

---

(٥) فى الأصل : « الأصل » .

(٦) فى الأصل : « الحال » .

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١ .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى الأصل : « بعد » .

(١٠) الثنيا ؛ بضم المثلثة : كل ما استثنيته .

(١١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المخابرة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٣٥ . والترمذى ، فى : =

المُتَبايِعَيْنِ ، فصَحَّ اشْتِراطُه لِلثَّمَرَةِ ، كالمُشْتَرِى ، وقد ثَبَتَ الأَصْلُ بالاتِّفاقِ عليه ، وبقولِه عليه السَّلامُ : « إِلَّا أنْ يَشْتَرِطَهَا المُبْتَاعُ »[12] . ولو اشْتَرَطَ أَحَدُهما جُزْءًا من الثَّمَرَةِ مَعْلومًا ، كان ذلك كاشْتِراطِ جَميعِها فى الجَوازِ ، فى قول جُمْهورِ الفُقَهاءِ ، وقولِ أشْهَبَ من أصحابِ مالكٍ . وقال ابنُ القاسِمِ : لا يَجوزُ اشْتِراطُ بعضِها ؛ لأَنَّ الخَبَرَ إنَّما وَرَدَ باشْتِراطِ جَميعِها . ولنا ، أَنَّ ما جازَ اشْتِراطُ جَميعِه ، جازَ اشْتِراطُ بعضِه ، كمُدَّةِ الخِيارِ ، وكذلك القَوْلُ فى مالِ العبدِ إذا اشْتَرَطَ بعضَه .

الفصل الثالث : أَنَّ الثَّمَرَةَ إذا بَقِيَتْ للبائِعِ ، فلَهُ تَرْكُها فى الشَّجَرِ إلى أوانِ الجِزازِ ، سواءٌ استَحَقَّها بِشَرْطِه ، أو بِظُهورِها . وبه قال مالكٌ ، والشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَلْزَمُه قَطْعُها ، وتَفْريغُ النَّخْلِ منها ؛ لأَنَّه مَبيعٌ مَشْغولٌ بمِلْكِ البائِعِ ، فلَزِمَ نَقْلُه وتَفْريغُه ، كما لو باعَ دارًا فيها طَعامٌ ، أو قُماشٌ له . ولنا ، أَنَّ النَّقْلَ والتَّفْريغَ لِلْمَبيعِ على حَسَبِ العُرْفِ والعادَةِ ، كما لو باعَ دارًا فيها طَعامٌ ، لم يَجِبْ نَقْلُه إلَّا على حَسَبِ العادَةِ فى ذلك ، وهو أن يَنْقُلَهُ نَهارًا ، شَيْئًا بعدَ شىءٍ ، ولا يَلْزَمُه النَّقْلُ لَيْلًا ، ولا جَمْعُ دَوابِّ البَلَدِ لِنَقْلِه . كذلك هٰهُنا ، يُفَرِّغُ النَّخْلَ من الثَّمَرةِ فى أوانِ تَفْريغِها ، وهو أوانُ جِزازِها ، وقِياسُه حُجَّةٌ لنا ؛ لما بَيَّنَّاهُ . إذا تَقَرَّرَ هذا ، فالمَرْجِعُ فى جَزِّهِ إلى ما جَرَتْ به العادَةُ ، فإذا كانَ المَبيعُ نَخْلًا ، فحينَ تَتَناهَى حَلاوَةُ ثَمَرِهِ[13] ، إلَّا أن يكونَ ممَّا بُسْرُه[14] خيرٌ من رُطَبِهِ ، أو ما جَرَتِ العادَةُ بأَخْذِهِ[15] بُسْرًا ، فإنَّه يَجُزُّهُ حين تَسْتَحْكِمُ حَلاوَةُ بُسْرِهِ ؛ لأَنَّ هذا هو العادَةُ ، فإذا اسْتَحْكَمَتْ حَلاوَتُه ، فعليه نَقْلُه . وإنْ قيلَ : بَقاؤُه فى شَجَرِه خيرٌ له وأَبْقَى ؛ فعليه النَّقْلُ ؛ لأَنَّ العادَةَ فى النَّقْلِ قد حَصَلَتْ ، وليس له إبْقاؤُه بعدَ ذلك . وإن كان

= باب ما جاء فى النهى عن الثنيا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٩٠ . والنسائى ، فى : باب النهى عن بيع الثنيا حتى تعلم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٦٠ .

(١٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١ .

(١٣) فى الأصل : « ثمرها » .

(١٤) البُسْر : ثمر النخل قبل أن يصبح رطبًا .

(١٥) فى م : « بأخذ » .

المَبِيعُ عِنَبًا ، أو فاكِهَةً ، سَوَّاهُ ، فأَخَذَهُ حين يَتَناهَى إدْراكُه ، وتَسْتَحْكِمُ حَلاوَتُه ، ويُجَزُّ مثلُه . وهذا قولُ مالكٍ ، والشَّافِعِيِّ .

فصل : فإن أُبِّرَ بعضُه دونَ بعضٍ ، فالمَنْصوصُ عن أحمدَ ، أنَّ ما أُبِّرَ لِلْبائِعِ ، وما لم يُؤَبَّرْ لِلْمُشْتَرِى . وهو قولُ أبى بكرٍ / ؛ لِلْخَبَرِ الذى عليه مَبْنَى هذه المَسْأَلَةِ ، ١٨٨/٤ ظ فإنَّ صَرِيحَه ، أنَّ ما أُبِّرَ للبائِعِ ، ومَفْهُومَه ، أنَّ ما لم يُؤَبَّرْ لِلْمُشْتَرِى . وقال ابنُ حامِدٍ : الكلُّ للبائِعِ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّا إذا لم نَجْعَلِ الكُلَّ للبائِعِ ، أدَّى إلى الإِضْرارِ باشْتِراكِ الأَيْدِى فى البُسْتانِ ، فيَجِبُ أن يُجْعَلَ ما لم يُؤَبَّرْ تَبَعًا لِمَا أُبِّرَ ، كثَمَرِ النَّخْلَةِ الواحِدَةِ ، فإنَّه لا خِلافَ فى أنَّ تَأْبِيرَ بعضِ النَّخْلَةِ يَجْعَلُ جَميعَها للبائِعِ ، وقد يَتْبَعُ الباطِنُ[16] الظَّاهِرَ منه ، كأَساساتِ الحِيطانِ تَتْبَعُ الظَّاهِرَ منه . ولأنَّ البُسْتانَ إذا بَدا صَلاحُ ثَمَرَةٍ منه جازَ بَيْعُ جَميعِها بغيرِ شَرْطِ القَطْعِ ، كذا هٰهُنا ، وهذا من النَّوْعِ الواحِدِ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ النَّوْعَ الواحِدَ يَتقارَبُ ويَتَلاحَقُ ، فأمَّا إن أُبِّرَ ، لم يَتْبَعْهُ النَّوْعُ الآخَرُ . ولم يُفَرِّقْ أبو الخَطَّابِ بين النَّوْعِ والجِنْسِ كلِّه ، وهو ظاهِرُ مذهبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى سُوءِ المُشارَكَةِ ، واخْتِلافِ الأَيْدِى ، كما فى النَّوْعِ الواحِدِ . ولنا ، أنَّ النَّوْعَيْنِ يَتَباعَدانِ ، ويَتَمَيَّزُ أحَدُهما من الآخَرِ ، ولا يُخْشَى اخْتِلاطُهما واشْتِباهُهما . فأشْبَها الجِنْسَيْنِ . وما ذَكَرُهُ يَبْطُلُ بالجِنْسَيْنِ . ولا يَصِحُّ القِياسُ على النَّوْعِ الواحِدِ ؛ لِافْتِراقِهما فيما ذَكَرْناهُ . ولو باعَ حائِطَيْنِ قد أُبِّرَ أحَدُهما ، لم يَتْبَعْهُ الآخَرُ ؛ لأنَّه يُفْضى إلى سُوءِ المُشارَكَةِ ، واخْتِلافِ الأَيْدِى ؛ لِانْفِرادِ كلِّ واحِدٍ منهما عن صاحِبِه . ولو أُبِّرَ بعضَ الحائِطِ ، فأَفْرَدَ بالبَيْعِ ما لم يؤَبَّرْ ، فَلِلْمَبِيعِ حُكْمُ نَفْسِه ، ولا يَتْبَعُ غيرَه . وخَرَّجَ القاضى وَجْهًا فى أنَّه يَتْبَعُ غيرَ المَبِيعِ ، ويكونُ للبائِعِ ؛ لأنَّه قد ثَبَتَ للحائِطِ كلِّه حُكْمُ التَّأْبِيرِ . وهو أحدُ الوَجْهَيْنِ لأصحابِ الشَّافِعِيِّ . ولا يَصِحُّ هذا ؛ لأنَّ المَبِيعَ لم

---

(١٦) فى النسخ : « الباطل » .

يُؤَبَّر منه شيءٌ ، فوَجَبَ أن يكونَ لِلْمُشْتَرِى ، بِمَفْهومِ الخَبَرِ ، وكما لو كان مُنْفَرِدًا فى بُسْتانٍ وَحْدَهُ . ولأنَّه لا يُفْضِى إلى سُوءِ المُشارَكَةِ ، ولا اخْتِلافِ الأَيْدِى ، ولا إلى ضَرَرٍ ، فبَقِىَ على حُكْمِ الأَصْلِ . فإن بِيعَتِ النَّخْلَةُ وقد أُبِّرَتْ كلُّها ، أو بَعْضُها ، فأطْلَعَتْ بعدَ ذلك ، فَالطَّلْعُ لِلْمُشْتَرِى ؛ لأنَّه حَدَثَ فى مِلْكِه ، فكان له ، كما لو حَدَثَ بعد جِزازِ الثَّمَرَةِ . ولأنَّ ما أُطْلَعَ بعد تَأْبيرِ غيرِهِ لا يكادُ يَشْتَبِهُ به ؛ لِتَباعُدِ ما بينهما .

فصل : وطَلْعُ الفُحَّالِ[١٧] كَطَلْعِ الإناثِ . وهو ظاهِرُ كَلامِ الشَّافِعِىِّ . / ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ طَلْعُ الفُحَّالِ للبائِعِ قبلَ ظُهورِه ؛ لأنَّه يُؤْخَذُ للأَكْلِ قبلَ ظُهورِه ، فهو كثَمَرَةٍ لا تُخْلَقُ إلَّا ظاهِرَةً ، كالتِّينِ ، ويكونُ ظُهورُ طَلْعِهِ كَظُهورِ ثَمَرةِ[١٨] غيرِهِ . ولنا ، أنَّها ثَمَرَةُ نَخْلٍ إذا تُرِكَتْ ظَهَرَتْ ، فهى كالإناثِ ، أو يَدْخُلُ فى عُمومِ الخَبَرِ . وما ذُكِرَ لِلْوَجْهِ الآخَرِ لا يَصِحُّ[١٩] ؛ فإنَّ أَكْلَهُ ليس هو المَقْصودَ منه ، وإنَّما يُرادُ لِلتَّلْقيحِ به ، وهو يكونُ بعدَ ظُهورِه ، فأَشْبَهَ طَلْعَ الإناثِ . فإن باعَ نَخْلًا فيه فُحَّالٌ وإناثٌ لم يتشَقَّقْ[٢٠] منه شيءٌ ، فالكُلُّ[٢١] لِلْمُشْتَرِى ، إلَّا على الوَجْهِ الآخَرِ ، فإنَّ طَلْعَ الفُحَّالِ يكونُ للبائِعِ . وإن كانَ قد تَشَقَّقَ طَلْعُ أحدِ النَّوْعَيْنِ دون الآخَرِ ، فما تَشَقَّقَ فهو للبائِعِ ، وما لم يَتَشَقَّقْ لِلْمُشْتَرِى ، إلَّا عندَ مَن سَوَّى بين الأنْواعِ كلِّها . وإن تَشَقَّقَ طَلْعُ بعضِ الإناثِ أو بعضِ الفُحَّالِ ، فالذى قد ظَهَرَ لِلبائِعِ ، وما لم يَظْهَرْ على ما ذَكَرْنا من الاخْتِلافِ فيه .

١٨٩/٤ و

فصل : وكلُّ عَقْدِ مُعاوَضَةٍ يَجْرِى مَجْرَى البَيْعِ ، فى أنَّ الثَّمَرَةَ المُؤَبَّرَةَ تكونُ لِمَنِ

---

(١٧) الفُحَّال ؛ بضم الفاء المعجمه وتشديد الحاء : ذكر النخل .

(١٨) سقط من : م .

(١٩) فى م : « يصلح » .

(٢٠) فى الأصل : « يشقق » .

(٢١) فى الأصل : « فلكل » .

انْتَقَلَ عنه الأَصْلُ ، وغيرَ المُؤَبَّرَةِ لمن انْتَقَلَ إليه ، مثلُ أن يُصْدِقَ المَرْأَةَ نَخْلًا ، أو يَخْلَعَهَا به ، أو يَجْعَلَهُ عِوَضًا فى إجارَةٍ ، أو عَقْدِ صُلْحٍ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فجَرَى مجْرَى البَيْعِ . وإن انْتَقَلَ بغيرِ مُعاوَضَةٍ ، كالهِبَةِ ، والرَّهْنِ ، أو فُسِخَ لأَجْلِ العَيْبِ ، أو فَلَسِ المُشْتَرِى ، أو رُجوعِ الأبِ فى هِبَتِه لِوَلَدِهِ ، أو تَقَايَلا المَبِيعَ ، أو كان صَداقًا فرجَعَ إلى الزَّوْجِ لِفَسْخِ المَرْأَةِ النِّكاحَ ، أو نِصْفُهُ لِطَلاقِ الزَّوْجِ ، فإنَّه فى الفَسْخِ يَتْبَعُ الأَصْلَ ، سَوَاءٌ أُبِّرَ ، أو لم يُؤَبَّرْ ؛ لأنَّه نَماءٌ مُتَّصِلٌ ، فأشْبَهَ السِّمَنَ ، وفى الهِبَةِ والرَّهْنِ حُكْمُهُما حُكْمُ البَيْعِ ، فى أنَّه يَتْبَعُ قبلَ التَّأْبِيرِ ، ولا يَتْبَعُ فيما بعدَه ؛ لأنَّ المِلْكَ زالَ عن الأَصْلِ بغيرِ فَسْخٍ ، فكان الحُكْمُ فيه ما ذَكَرْناهُ ، كالبَيْعِ . وأمَّا رُجوعُ البائِعِ لِفَلَسِ المُشْتَرِى ، أو الزَّوْجِ لِانْفِساخِ النِّكَاحِ ، فيُذْكَرانِ فى بابَيْهِما .

٧٢١ ــ مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ بَيْعُ الشَّجَرِ إذَا كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ[1] بَادٍ)

وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الشَّجَرَ على خَمْسَةِ أَضْرُبٍ ؛ أحدُها ، ما يكونُ ثَمَرُهُ فى أَكْمامِهِ ، ثم تَتَفَتَّحُ الأَكْمامُ ، فيَظْهَرُ ، كالنَّخْلِ الذى وَرَدَتِ السُّنَّةُ فيه ، وبَيَّنَّا حُكْمَهُ ، وهو الأَصْلُ ، وما عداه مَقِيسٌ عليه ، / ومُلْحَقٌ به . ومن هذا الضَّرْبِ ؛ القُطْنُ ، وما يُقْصَدُ نَوْرُه ؛ كالوَرْدِ ، والياسَمينِ ، والنَّرْجِسِ ، والبَنَفْسَجِ ، فإنَّه تَظْهَرُ أَكْمامُه ثم تَتَفَتَّحُ ، فيَظْهَرُ ، فهو كالطَّلْعِ إن تَفَتَّحَ جُنْبُذُه[2] ، فهو للبائِعِ ، وإلَّا فهو للمُشْتَرِى . الثانى ، ما تَظْهَرُ ثَمَرَتُه بارِزَةً لا قِشْرَ عليها ولا نَوْرَ ، كالتِّينِ ، والتُّوتِ ، والجُمَّيْزِ ، فهُنَّ لِلْبائِعِ ؛ لأنَّ ظُهورَها من شَجَرِها بمَنْزِلَةِ ظُهورِ الطَّلْعِ من قِشْرِه . الثالث ، ما يَظْهَرُ فى قِشْرِه ، ثم يَبْقَى فيه إلى حينِ الأَكْلِ ، كالرُّمَّانِ ، والمَوْزِ ، فهو للبائِعِ أيضًا بِنَفْسِ الظُّهورِ ؛ لأنَّ قِشْرَه من مَصْلَحَتِه ، ويَبْقَى فيه إلى

١٨٩/٤ ظ

---

(١) فى م : « ثمر » .

(٢) الجُنْبُذُ : ورد الشجرة قبل أن يتفتح .

حينِ الأكْلِ ، فهو كالتِّينِ . ولأنَّ قِشْرَه يُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ أجزائِه ؛ لِلزُومِه إيَّاهُ ، وكَوْنِهِ مِن مَصْلَحَتِه . الضَّرب الرابع ، ما يَظْهَرُ فى قِشْرَيْنِ ، كالجَوْزِ ، واللَّوْزِ ، فهو للبائِعِ أيضًا بِنَفْسِ الظُّهورِ ؛ لأنَّ قِشْرَه لا يَزولُ عنه غالِبًا ، إلَّا بعد جِزازِه ، فأشْبَهَ الضَّرْبَ الذى قَبْلَه . ولأنَّ قِشْرَ اللَّوْزِ يُؤْكَلُ معه ، فأشْبَهَ التِّينَ . وقال القاضى : إن تَشَقَّقَ القِشْرُ الأعْلَى فهو للبائِعِ ، وإن لم يَتَشَقَّقْ فهو لِلْمُشْتَرِى ، كالطَّلْعِ . ولو اعتُبِرَ هذا لم يكُنْ لِلْبائِعِ إلَّا نادِرًا ، ولا يَصِحُّ قِياسُه على الطَّلْعِ ؛ لأنَّ الطَّلْعَ لا بُدَّ من تَشَقُّقِه ، وتَشَقُّقُه من مَصْلَحَتِه ، وهذا بِخِلافِه ، فإنَّه لا يَتَشَقَّقُ على شَجَرِه ، وتَشَقُّقُه قبلَ كَمالِه يُفْسِدُه . الخامس ، ما يَظْهَرُ نَوْرُه ، ثم يَتَناثَرُ ، فتَظْهَرُ الثَّمَرَةُ ، كالتُّفَّاحِ ، والمِشْمِشِ ، والإجَّاصِ[3] ، والخَوْخِ . فإذا تَفَتَّحَ نَوْرُه ، وظَهَرتِ الثَّمَرَةُ فيه ، فهى للبائِعِ ، وإن لم تَظْهَرْ ، فهى لِلْمُشْتَرِى . وقيل : ما تَناثَرَ نَوْرُه ، فهو للبائِعِ ، وما لا فهو لِلْمُشْتَرِى ؛ لأنَّ الثَّمَرَةَ لا تَظْهَرُ حتى يَتَناثَرَ النَّوْرُ . وقال القاضى : يَحْتَمِلُ أن تكونَ للبائِعِ بِظُهورِ نَوْرِه ؛ لأنَّ الطَّلْعَ إذا تَشَقَّقَ كان كَنَوْرِ الشَّجَرِ ، فإنَّ العُقَدَ التى فى جَوْفِ الطَّلْعِ لَيْسَتْ عَيْنَ الثَّمَرَةِ ، وإنَّما هى أوْعِيَةٌ لها ، تَكْبُرُ الثَّمَرَةُ فى جَوْفِها ، وتَظْهَرُ ، فتَصِيرُ العُقْدَةُ فى طَرَفِها ، وهى قِمَعُ الرُّطَبَةِ . وقولُ الخِرَقِىِّ يَقْتَضِى ما قُلْنَاهُ ؛ لأنَّه عَلَّقَ اسْتِحْقاقَ البائِعِ لها بكونِ الثَّمَرِ بادِيًا لا يَبْدو نَوْرُه . ولا يَبْدُو الثَّمَرُ حتى يَتَفَتَّحَ[4] نَوْرُه . وقد يَبْدُو إذا كَبُرَ قبلَ أن يَنْثُرَ النَّوْرَ ، فتَعلَّقَ ذلك بِظُهورِه . والعِنَبُ بمَنْزِلَةِ ما لَهُ نَوْرٌ ؛ لأنَّه يَبْدُو فى قُطوفِه شَىْءٌ صِغارٌ كَحَبِّ الدُّخْنِ ، ثم يَتَفَتَّحُ ، ويَتَناثَرُ ، كتَناثُرِ[5] النَّوْرِ ، فيكونُ من هذا / القِسْمِ . واللهُ أعلمُ . وهذا يُفارِقُ الطَّلْعَ ؛ لأنَّ الذى فى الطَّلْعِ عَيْنُ الثَّمَرَةِ يَنْمُو ويَتَغَيَّرُ ، والنَّوْرُ فى هذه الثِّمارِ يَتَساقَطُ ، ويَذْهَبُ ، وتَظْهَرُ الثَّمَرَةُ . ومذهبُ الشَّافِعِىِّ فى هذا الفَصْلِ جَميعِه كما

٤/١٩٠ و

(٣) الإجَّاص : الكمثرى أو البرقوق .

(٤) فى م : « لا يتفتح » .

(٥) فى الأصل : « كسائر » .

ذَكَرْنا هٰهُنا ، أو قَرِيبًا منه ، وبينهما اخْتِلافٌ على حَسَبِ ما ذَكَرْنا من الخِلافِ ، أو قَرِيبًا منه .

فصل : فأمَّا الأغْصانُ ، والوَرَقُ ، وسائِرُ أجْزاءِ الشَّجَرِ ، فهو لِلْمُشْتَرِى بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّه من أجْزائِها خُلِقَ لِمَصْلَحَتِها ، فهو كأجْزاءِ سائِرِ المَبِيعِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ وَرَقُ التُّوتِ الذى يُقْصَدُ أخْذُه لِتَرْبِيَةِ دُودِ القَزِّ إن تَفَتَّحَ ، فهو لِلْبائِعِ ، وإلَّا فهو لِلْمُشْتَرِى ؛ لأنَّه بِمَنْزِلَةِ الجُنْبُذِ الذى يَتَفَتَّحُ ، فيَظْهَرُ نَوْرُه من الوَرْدِ وغيرِه ، وهذا فى المَواضِعِ التى عَادَتُهم أخْذُ الوَرَقِ ، وإن لم تَكُنْ عَادَتُهم ذلك ، فهو لِلْمُشْتَرِى ، كسائِرِ وَرَقِ الشَّجَرِ . واللهُ أعلمُ .

فصل : وإذا كانَتِ الثَّمَرَةُ للبائِعِ مُبَقَّاةً فى شَجَرِ المُشْتَرِى ، فاحْتَاجَتْ إلى سَقْيٍ ، لم يَكُنْ لِلْمُشْتَرِى مَنْعُه منه ؛ لأنَّه يَبْقَى به ، فَلَزِمَه تَمْكِينُهُ منه ، كَتَرْكِه على الأُصولِ . وإن أرَادَ سَقْيَها من غيرِ حَاجَةٍ ، فَلِلْمُشْتَرِى مَنْعُه منه ؛ لأنَّه بِسَقْيِهِ يَتَضَمَّنُ التَّصَرُّفَ فى مِلْكِ غيرِه ، ولأنَّ الأصْلَ مَنْعُه من التَّصَرُّفِ فى مِلْكِ غيرِه ، وإنَّما أباحَتْهُ الحاجَةُ ، فإن لم تُوجَدِ الحاجَةُ يَبْقَى على أصْلِ المَنْعِ . فإن احتاجَتْ إلى السَّقْيِ ، وفيه ضَرَرٌ على الشَّجَرِ ، أو احتاجَ الشَّجَرُ إلى سَقْيٍ يَضُرُّ بالثَّمَرَةِ ، فقال القاضى : أيُّهما طَلَبَ السَّقْىَ لِحاجَتِهِ أُجْبِرَ الآخَرُ عليه ؛ لأنَّه دَخَلَ فى العَقْدِ على ذلك ، فإنَّ المُشْتَرِىَ اقْتَضَى عَقْدُه تَبْقِيَةَ الثَّمَرَةِ ، والسَّقْىُ من تَبْقِيَتِها ، والعَقْدُ اقْتَضَى تَمْكِينَ المُشْتَرِى من حِفْظِ الأُصولِ ، وتَسْلِيمِها ، فَلَزِمَ كلَّ واحِدٍ منهما ما أوْجَبَه العَقْدُ للآخَرِ ، وإن أضَرَّ به . وإنَّما له أن يَسْقِىَ بِقَدْرِ حاجَتِه ، فإن اخْتَلَفا فى قَدْرِ الحاجَةِ ، رُجِعَ إلى أهْلِ الخِبْرَةِ . وأيُّهما الْتَمَسَ السَّقْىَ فالمَؤُنَةُ عليه ؛ لأنَّه لِحاجَتِه .

فصل : فإن خِيفَ على الأُصولِ الضَّرَرُ بِتَبْقِيَةِ الثَّمَرَةِ عليها لِعَطَشٍ أو غيرِه ، والضَّرَرُ يَسيرٌ ، لم يُجْبَرْ على قَطْعِها / ؛ لأنَّها مُسْتَحِقَّةٌ لِلْبَقاءِ ، فلم يُجْبَرْ على إزالَتِها لِدَفْعِ ضَرَرٍ يَسِيرٍ عن غيرِه . وإن كانَ كَثِيرًا ، فَخِيفَ على الأُصولِ الجَفافُ ، أو نَقْصُ حَمْلِها ، ففيه وجهانِ ؛ أحَدُهما ، لا يُجْبَرُ أيضًا لذلك . الثانى ، يُجْبَرُ على

١٩٠/٤ ظ

القَطْعِ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ يَلْحَقُها وإن لم تُقْطَعْ ، والأُصُولُ تَسْلَمُ بِالقَطْعِ ، فكان القَطْعُ أَوْلَى . ولِلشَّافِعِىِّ قَوْلانِ كالوَجْهَيْنِ .

فصل : وإذا باعَ شَجَرًا فيه ثَمَرٌ للبائِعِ ، فحَدَثَتْ ثَمَرَةٌ أُخْرَى ، أو اشْتَرَى ثَمَرَةً فى شَجَرِها ، فحَدَثَتْ ثَمَرَةٌ أُخْرَى ، فإن تَمَيَّزَتا ، فلكلِّ واحِدٍ ثَمَرَتُه ، وإن لم تَتَمَيَّزْ إحداهما من الأُخْرَى ، فهما شَرِيكانِ فيهما ، كلُّ واحِدٍ بِقَدْرِ ثَمَرَتِه . فإن لم يُعْلَمْ قَدْرُ كلِّ واحِدَةٍ منهما ، اصْطَلَحا عليها ، ولا يَبْطُلُ العَقْدُ ؛ لأنَّ المَبِيعَ لم يَتَعَذَّرْ تَسْلِيمُه ، وإنَّما اخْتَلَطَ بغيرِه ، فهو كما لو اشْتَرَى طَعامًا فى مكانٍ ، فانْثالَ عليه طَعامٌ للبائِعِ ، أو انْثالَ هو على طَعامٍ للبائِعِ ، ولم يُعْرَفْ قَدْرُ كلِّ واحِدٍ منهما . ويُفارِقُ هذا ما لو اشْتَرَى ثَمَرَةً قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها ، فتَرَكَها حتى بَدا صَلاحُها ، أو اشْتَرَى عَرِيَّةً ، فتَرَكَها حتى أَثْمَرَتْ ، فإنَّ العَقْدَ يَبْطُلُ فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ ؛ لكَوْنِ اخْتِلاطِ المَبِيعِ بغيرِه حَصَلَ بارْتِكابِ النَّهْىِ ، وكونِهِ يَتَّخِذُ حِيلَةً على شِراءِ الثَّمَرَةِ قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها ، أو شِراءِ الرُّطَبِ بالتَّمْرِ من غيرِ كَيْلٍ من غيرِ حَاجَةٍ إلى أَكْلِه رُطَبًا ، وهٰهُنا ما ارْتَكَبَ نَهْيًا ، ولا يَجْعَلُ هذا طَرِيقًا إلى فِعْلِ المُحَرَّمِ . وجَمَعَ أبو الخَطَّابِ بينهما ، فقال : فى الجَمِيعِ رِوَايَتانِ ؛ إحداهما ، يَبْطُلُ العَقْدُ . والأُخرى ، لا يَبْطُلُ . وقال القاضى : إن كانَتِ الثَّمَرَةُ للبائِعِ ، فحَدَثَتْ ثَمَرَةٌ أخرى ، قيل لكلِّ واحِدٍ : اسْمَحْ بِنَصِيبِكَ لِصاحِبِكَ . فإن فَعَلَهُ[6] أحدُهُما ، أَقْرَرْنا العَقْدَ وأَجْبَرْنا الآخَرَ على القَبولِ ؛ لأنَّه يَزُولُ به النِّزاعُ . وإن امْتَنَعا ، فَسَخْنا العَقْدَ ؛ لِتَعَذُّرِ وُصولِ كلِّ واحِدٍ منهما إلى قَدْرِ حَقِّه . وإن اشْتَرَى ثَمَرَةً ، فحَدَثَتْ ثَمَرَةٌ أخرى ، لم نَقُلْ لِلْمُشْتَرِى : اسْمَحْ بِنَصِيبِك ؛ لأنَّ الثَّمَرَةَ كلُّ المَبِيعِ ، فلا يُؤْمَرُ بتَخْلِيَتِه كلِّه ، ونَقُولُ للبائِعِ ذلك ، فإن سَمَحَ بِنَصِيبِه لِلْمُشْتَرِى أَجْبَرْناهُ على القَبولِ ، وإلَّا فُسِخَ البَيْعُ بينهما وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . قال ابنُ عَقِيلٍ : لعلَّ هذا قولٌ / لبعضِ أَصْحابِنا ، فإنَّنى لم أَجِدْهُ ١٩١/٤ و

(٦) فى الأصل : « فعل » .

مَعْزِيًّا إلى أحمدَ . والظاهِرُ أنَّ هذا اخْتِيارُ القاضى ، وليس بِمذهبٍ لأحمدَ . ولو اشْتَرَى حِنْطَةً ، فانْثالَتْ عليها أُخْرَى ، لم يَنْفَسِخِ البَيْعُ ، والحُكْمُ فيه كالحُكْمِ فى الثَّمَرَةِ تَحْدُثُ معها أخرَى . واللهُ أعلمُ .

فصل : إذا باعَ الأَرْضَ وفيها زَرْعٌ لا يُحْصَدُ إلَّا مَرَّةً ، كالحِنْطَةِ ، والشَّعِيرِ ، والقَطَانِىِّ[7] ، وما المَقْصودُ منه مُسْتَتِرٌ ، كالجَزَرِ ، والفُجْلِ ، والبَصَلِ ، والثُّومِ ، وأَشْباهِها ، فاشْتَرَطَهُ لِلْمُشْتَرِى ، فهو له ، قَصِيلًا[8] كان أو ذا حَبٍّ ، مُسْتَتِرًا أو ظَاهِرًا ، مَعْلُومًا أو مَجْهُولًا ؛ لكونِه دَخَلَ فى البَيْعِ تَبَعًا[9] لِلأَرْضِ ، فلم يَضُرَّ جهْلُه وعَدَمُ كَمالِه ، كما لو اشْتَرَى شَجَرَةً ، فاشْتَرَطَ ثَمَرَتَها بعد تَأْبِيرِها . وإن أُطْلِقَ البَيْعُ ، فهو للبائِعِ ؛ لأنَّه مُودَعٌ فى الأَرْضِ ، فهو كالكَنْزِ ، والقُماشِ . ولأنَّه يُرادُ لِلنَّقْلِ ، فأَشْبَهَ الثَّمَرَةَ المُؤَبَّرَةَ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ . ولا أَعْلَمُ فيه مُخَالِفًا . ويكونُ للبائِعِ مُبَقًّى فى الأَرْضِ إلى حينِ الحَصادِ بغيرِ أُجْرَةٍ ؛ لأنَّ المَنْفَعَةَ حَصَلَتْ مُسْتَثْناةً له ، وعليه حَصادُه فى أَوَّلِ وَقْتِ حَصادِه . وإن كان بَقاؤُه أَنْفَعَ له ، كقَوْلِنا فى الثَّمَرَةِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : عليه نَقْلُه عَقِيبَ البَيْعِ . كقولِه فى الثَّمَرَةِ ، وقد مضَى[10] الكَلَامُ فيها . وهكذا[11] الحُكْمُ فى القَصَبِ الفارِسِىِّ ؛ لأنَّ له وَقْتًا يُقْطَعُ فيه ، إلَّا أنَّ العُروقَ تكونُ لِلْمُشْتَرِى ؛ لأنَّها تُتْرَكُ فى الأَرْضِ لِلْبَقاءِ فيها . والقَصَبُ نَفْسُه كالثَّمَرةِ ، [12]وإن لم يَظْهَرْ منه[12] شىءٌ فهو لِلْمُشْتَرِى . وأمَّا قَصَبُ السُّكَّرِ ، فإنَّه يُؤْخَذُ مَرَّةً واحِدَةً ، فهو كالزَّرْعِ . فإن حَصَدَهُ قبل أوانِ[13] الحَصادِ لِيَنْتَفِعَ بالأَرْضِ فى غيرِه ، لم يَمْلِكْ الانْتِفاعَ بها ؛ لأنَّ

---

(7) القطانى : كل حب يدخر كالعدس والحمص والأرز .

(8) القصيل : ما قطع من الزرع وهو أخضر .

(9) سقط من : م .

(10) فى م : « قضى » .

(11) فى م زيادة : « قال » .

(12 – 12) فى الأصل : « وإن لم يكن ظهر » .

(13) سقط من : م .

مَنْفَعَتَها إنَّما حَصَلَتْ مُسْتَثْناةً عن مُقْتَضَى العَقْدِ ، ضَرُورَةَ بَقاءِ الزَّرْعِ ، فتُقَدَّرُ بِبَقائِه ، كالثَّمَرَةِ على الشَّجَرَةِ ، وكما لو كان المَبِيعُ طَعامًا لا يُنْقَلُ مثلُه عادَةً إلَّا فى شَهْرٍ ، لم يُكَلَّفْ إلَّا ذلك ، فإن تَكَلَّفَ نَقْلَهُ فى يومٍ واحدٍ ، لِيَنْتَفِعَ بالدَّارِ فى غيره ، لم يَجُزْ ، كذلك هٰهُنا . ومتى حُصِدَ الزَّرْعُ ، وبَقِيَتْ له عُروقٌ تَسْتَضِرُّ بها الأَرْضُ ، كعُروقِ القُطْنِ والذُّرَةِ ، فعلى البائِعِ إزالَتُها . وإن تَحَفَّرَتِ الأَرْضُ ، / فعليه تَسْوِيَةُ حُفَرِهَا ؛ لأنه اسْتِصْلاحٌ لِمِلْكِه ، فصارَ كما لو باعَ دارًا فيها خابِيَةٌ[١٤] كَبِيرَةٌ ، لا تَخْرُجُ إلَّا بِهَدْمِ بابِ الدَّارِ ، فهَدَمَها ، كان عليه الضَّمانُ ، وكذلك كُلُّ نَقْصٍ دَخَلَ على مِلْكِ شَخْصٍ لِاسْتِصْلاحِ مِلْكِ الآخَرِ من غيرِ إذْنِ الأَوَّلِ ، ولا فِعْلٍ صَدَرَ عنه النَّقْصُ ، واسْتَنَدَ إليه ، كان الضَّمانُ على مُدْخِلِ النَّقْصِ .

١٩١/٤ ظ

فصل : وإنْ باعَ أَرْضًا وفيها زَرْعٌ يُجَزُّ مَرَّةً بعد أُخْرَى ، فالأُصولُ لِلْمُشْتَرِى ، والجَزَّةُ الظَّاهِرَةُ عند البَيْعِ للبائِعِ ، سَواءٌ كان مِمَّا يَبْقَى سَنَةً ، كالهِنْدِبا[١٥] ، والبُقُولِ ، أو أَكْثَرَ ، كالرَّطْبَةِ[١٦] ، وعلى البائِعِ قَطْعُ ما يَسْتَحِقُّه منه فى الحالِ ، فإنَّه ليس لذلك حَدٌّ ينتهى إليه . ولأَنَّ ذلك يَطولُ ، ويَخْرُجُ غيرُ ما كان ظَاهِرًا ، والزِّيادَةُ من الأُصولِ التى هى مِلْكٌ لِلْمُشْتَرِى . وكذلك إن كان الزَّرْعُ مما تَكَرَّرُ ثَمَرَتُه ، كالقِثَّاءِ ، والخِيارِ ، والبِطِّيخِ ، والباذِنْجانِ ، وشِبْهِه ، فهو لِلْمُشْتَرِى ، والثَّمَرَةُ الظَّاهِرَةُ عند البَيْعِ للبائِعِ ؛ لأَنَّ ذلك مِمَّا تَتَكَرَّرُ الثَّمرةُ فيه ، فأَشْبَهَ الشَّجَرَ . ولو كان مِمَّا تُؤْخَذُ زَهْرَتُه ، وتَبْقَى عُروقُه فى الأَرْضِ ، كالبَنَفْسَجِ ، والنَّرْجِسِ ، فالأُصُولُ لِلْمُشْتَرِى ؛ لأَنَّه جُعِلَ فى الأَرْضِ لِلْبَقاءِ فيها ، فهو كالرَّطْبَةِ ، وكذلك أَوْراقُه وغُصونُه ؛ لأَنَّه لا يُقْصَدُ أَخْذُه ، فهو كَوَرَقِ الشَّجَرِ وأَغْصانِه . وأَمَّا زَهْرَتُه ، فإن كانت قد تَفَتَّحَتْ ، فهى للبائِعِ ، وإلَّا فهى لِلْمُشْتَرِى ، على ما ذَكَرْناهُ فيما

---

(١٤) الخابية : وعاء الماء الذى يحفظ فيه .

(١٥) الهندبا : بقل زراعى ، يطبخ ورقه ، أو يجعل مشهيا .

(١٦) الرطبة : القَضْب خاصة . وهو ما أكل من النبات المقتضب غضًّا ، ولا يدخر ولا يبقى ، كالفواكه .

مَضَى . واختارَ ابنُ عَقِيلٍ فى هذا كلِّه أنَّ البائعَ إن قال : بِعْتُكَ هذه الأَرْضَ بِحُقوقِها . دَخَلَ فيها ، وإن لم يَقُلْ : بِحُقوقِها . فهل يَدْخُلُ ؟ على وَجْهَيْنِ ، كالشَّجَرِ .

فصل : وإذا اشْتَرَى أَرْضًا فيها بَذْرٌ ، فَاسْتَحَقَّ المُشْتَرِى أَصْلَه ، كالرَّطْبَةِ ، والنَّعْنَاعِ ، والبُقُولِ التى تُجَزُّ مَرَّةً بعد أخرَى ، فهو له ؛ لأنَّه تُرِكَ فى الأَرْضِ لِلتَّبْقِيَةِ ، فهو كأُصولِ الشَّجَرِ . ولأنَّه لو كان ظاهِرًا كان له ، فالمُسْتَتِرُ أَوْلَى ، سواءٌ عَلِقَتْ عُروقُه فى الأَرْضِ ، أَوْ لا . فإن كان بَذْرًا لِمَا يَسْتَحِقُّهُ البائِعُ ، فهو له ، إلَّا أن يَشْتَرِطَهُ المُبْتاعُ ، فيكونَ له . وقال الشَّافِعِىُّ : البَيْعُ باطِلٌ ؛ لأنَّ البَذْرَ مَجْهولٌ ، وهو مَقْصودٌ . ولنا ، / أنَّ البَذْرَ يَدْخُلُ تَبَعًا فى البَيْعِ ، فلم يَضُرَّ جَهْلُه ، كما لو اشْتَرَى عَبْدًا ، فَاشْتَرَطَ مَالَهُ . ويَجوزُ فى التَّابعِ[16] من الغَرَرِ ما لا يَجوزُ فى المَتْبوعِ ، كَبَيْعِ اللَّبَنِ فى الضَّرْعِ مع الشَّاةِ ، والحَمْلِ مع الأُمِّ ، والسُّقوفِ فى الدَّارِ ، وأساساتِ الحِيطانِ ، تَدْخُلُ تَبَعًا فى البَيْعِ ، ولا تَضُرُّ جَهالَتُها ، ولا تَجوزُ مُفْرَدَةً . وإن لم يَعْلَمِ المُشْتَرِى بذلك ، فله الخِيَارُ فى فَسْخِ البَيْعِ وإمْضائِه ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ عليه مَنْفَعَةَ الأَرْضِ عامًا . فإن رَضِىَ البائِعُ بِتَرْكِه لِلْمُشْتَرِى ، أو قال : أنا أُحَوِّلُه . وأَمْكَنَهُ ذلك فى زَمَنٍ يَسيرٍ لا يَضُرُّ بمَنافِعِ الأَرْضِ ، فلا خِيارَ لِلْمُشْتَرِى ؛ لأنَّه أزالَ العَيْبَ بالنَّقْلِ ، أو زادَهُ خَيْرًا بالتَّرْكِ ، فَلَزِمَهُ قَبولُه ؛ لأنَّ فيه تَصْحيحًا لِلْعَقْدِ ، وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وكذلك لو اشْتَرَى [17]نَخيلًا فيه[17] طَلْعٌ ، فبانَ أنَّه مُؤَبَّرٌ ، فله الخِيارُ ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ المُشْتَرِىَ ثَمَرَةَ عامِه ، ويَضُرُّ بَقاؤُها بنَخْلِه . فإن تَرَكَها له البائِعُ ، لم يكن له خِيارٌ . فإن قال : أنا أَقْطَعُها الآن . لم يَسْقُطْ خِيارُه بذلك ؛ لأنَّ ثَمَرَةَ العامِ تَفوتُ ، سواءٌ قَطَعَها ، أو تَرَكَها . وإن اشْتَرَى أَرْضًا فيها زَرْعٌ للبائِعِ ، أو شَجَرًا فيه ثَمَرٌ للبائِعِ ، والمُشْتَرِى جاهِلٌ بذلك ، يَظُنُّ أنَّ الزَّرْعَ والثَّمَرَ له ، فله الخِيارُ أيضًا ، كما لو جَهِلَ وُجودَهُ ؛ لأنَّه إنَّما رَضِىَ بِبَذْلِ مَالِه عِوَضًا عن

١٩٢/٤ و

---

(١٦) فى الأصل : « التبع » .

(١٧ – ١٧) فى الأصل : « نخلا فيها » .

الأَرْضِ والشَّجَرِ بما فيهما ، فإذا بانَ خِلافُ ذلك يَنْبَغِى أن يَثْبُتَ له الخِيارُ ، كالمُشْتَرِى لِلْمَعيبِ يَظُنُّه صَحيحًا . وإن اخْتَلَفا فى جَهْلِه لذلك ، فالقولُ قولُ المُشْتَرِى إذا كان ممَّن يَجْهَلُ ذلك ، لِكَوْنِه عَامِّيًا ، فإنَّ هذا ممَّا يَجْهلُه كَثِيرٌ من النَّاسِ . وإن كان ممَّن يَعْلَمُ ذلك ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّه لا يَجْهَلُه .

فصل : إذا باعَهُ أَرْضًا بحُقوقِها ، دَخَلَ ما فيها من غِراسٍ وبناءٍ فى البَيْعِ . وكذلك إذا قال : رَهَنْتُكَ هذه الأَرْضَ بحُقوقِها . دخلَ فى الرَّهْنِ غِراسُها وبِناؤُها . وإن لم يَقُلْ : بحُقوقِها . فهل يَدْخُلُ الغِراسُ والبِناءُ فيهما ؟ على وَجْهَيْنِ . ونَصَّ الشَّافِعِىُّ على أنَّهما يَدْخُلانِ فى البَيْعِ دون الرَّهْنِ ، واخْتَلَفَ أَصْحابُه فى ذلك ؛ فمنهم مَنْ قال : فيهما جَمِيعًا قَوْلانِ . ومنهم مَنْ فَرَّقَ بينهما بِكَوْنِ / البَيْعِ أَقْوَى ، فَيَسْتَتْبِعُ البِناءَ والشَّجَرَ ، بخِلافِ الرَّهْنِ ، ومنهم مَن قال : إنَّهما سواءٌ ؛ لأنَّ ما تَبِعَ فى البَيْعِ تَبِعَ فى[18] الرَّهْنِ ، كالطُّرُقِ والمَنافِعِ ، وفيهما جَمِيعًا وَجْهَانِ ؛ أحَدُهما ، يَدْخُلُ البِناءُ والشَّجَرُ ؛ لأنَّهما من حُقُوقِ[19] الأَرْضِ ، ولذلك يَدْخُلانِ إذا قال : بحُقُوقِها . وما كان من حُقُوقِها يَدْخُلُ فيها بالإِطْلاقِ ، كَطُرُقِها ومَنافِعِها . والثانى ، لا يَدْخُلانِ ؛ لأنَّهما ليسا من حُقُوقِ الأَرْضِ ، فلا يَدْخُلانِ فى بَيْعِها ورَهْنِها ، كالثَّمَرةِ المُؤَبَّرةِ . ومن نَصَرَ الأَوَّلَ فَرَّقَ بينهما ؛ بكَوْنِ الثَّمَرةِ تُرادُ لِلنَّقْلِ ، وليسَتْ من حُقُوقِها ، بخِلافِ الشَّجَرِ والبِناءِ . فإن قال : بِعْتُكَ هذا البُسْتانَ . دَخَلَ فيه الشَّجَرُ ؛ لأنَّ البُسْتانَ اسْمٌ للأَرْضِ ، والشَّجَرِ ، والحائِطِ ؛ ولذلك لا تُسَمَّى الأَرْضُ المَكْشُوفَةُ بُسْتانًا . قال ابنُ عَقِيلٍ : ويَدْخُلُ فيه البِناءُ ؛ لأنَّ ما دَخَلَ فيه الشَّجَرُ دَخَلَ فيه البِناءُ ، ويَحْتَمِلُ أن لا يَدْخُلَ .

١٩٢/٤ ظ

فصل : وإن باعَهُ شَجَرًا ، لم تَدْخُلِ الأَرْضُ فى البَيْعِ . ذَكَرَهُ أبو إسْحاقَ ابنُ شَاقْلَا ؛ لأنَّ الاسْمَ لا يَتَناوَلُها ، ولا هى[19] تَبَعٌ لِلْمَبِيعِ .

---

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) سقط من : الأصل .

فصل : وإن قال : بِعْتُكَ هذه القَرْيَةَ . فإن كانَتْ فى اللَّفظِ قَرِينَةٌ ، مثل المُساوَمَةِ على أرْضِها ، أو ذِكْرِ الزَّرْعِ والغَرْسِ فيها ، وذِكْرِ حُدُودِها ، أو بَذْلِ ثَمَنٍ لا يَصْلُحُ إلَّا فيها وفى أرْضِها ، دَخَلَ فى البَيْعِ ؛ لأنَّ الاسْمَ يجوزُ أن يُطْلَقَ عليها مع أرْضِها ، والقَرِينَةُ صارِفَةٌ إليه ودالَّةٌ عليه ، فأشْبَه ما لو صَرَّحَ به ، وإن لم يكن قَرِينَةٌ تَصْرِفُ إلى ذلك ، فالبَيْعُ يَتَناوَلُ البُيوتَ ، والحِصْنَ الدَّائِرَ عليها ، فإنَّ القَرْيَةَ اسْمٌ لذلك ، وهو مَأْخُوذٌ من الجَمْعِ ؛ لأنَّه يَجْمَعُ النَّاسَ ، وسواءٌ قال : بِحُقُوقِها . أو لم يَقُلْ . وأمَّا الغِراسُ بين بُنْيانِها ، فحُكْمُه حُكْمُ الغِراسِ فى الأرْضِ ، إن قال : بِحُقُوقِها . دَخَلَ ، وإن لم يَقُلْ ، فعلى وَجْهَيْنِ .

فصل : وإن باعَهُ دارًا بِحُقُوقِهَا ، تَناوَلَ البَيْعُ أرْضَها ، وبناءَها ، وما هو مُتَّصِلٌ بها ، مِمَّا هو من مَصْلَحَتِها ، كالأبوابِ المَنْصُوبَةِ ، والخَوابِى المَدْفُونَةِ ، والرُّفُوفِ المُسَمَّرَةِ ، والأوْتادِ المَغْرُوزَةِ ، والحَجَرِ المَنْصُوبِ من الرَّحا ، وأشْباهِ ذلك . ولا يَدْخُلُ فى البَيْعِ ما ليس من مَصالِحِها ، كالكَنْزِ ، والأحْجارِ المَدْفُونَةِ ؛ لأنَّ ذلك مُودَعٌ فيها لِلنَّقْلِ عنها ، فأشْبَه الفَرْشَ / ، والسُّتُورَ ، ولا ما كان مُنْفَصِلًا عنها يَخْتَصُّ بمَصْلَحَتِها ، كالفَرْشِ ، والسُّتُورِ ، والطَّعامِ ، والرُّفُوفِ المَوْضُوعَةِ على الأوْتادِ بغير تَسْمِيرٍ ، ولا غَرْزٍ فى الحائِطِ ، والْحَبْلِ[٢٠] ، والدَّلْوِ ، والبَكَرَةِ ، والقُفْلِ ، وحَجَرِ الرَّحَى ، إذا لم يكن واحدٌ منهما مَنْصُوبًا ، والخَوابِى المَوْضُوعَةِ مِن غيرِ أن يُطَيَّنَ عليها ، ونحوِه ؛ لأنَّه مُنْفَصِلٌ عنها ، لا يَخْتَصُّ بمَصْلَحَتِها ، فأشْبَه الثِّيابَ . وأمَّا ما كان من مَصالِحِها ، لكنَّه مُنْفَصِلٌ عنها ، كالمِفْتاحِ ، والحَجَرِ الفَوْقانِىِّ من الرَّحا إذا كان السُّفْلانِىُّ مَنْصُوبًا ، فيَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يَدْخُلُ فى البَيْعِ ؛ لأنَّه لِمَصْلَحَتِها ، فأشْبَه المَنْصُوبَ فيها . والثانى ، لا يَدْخُلُ ؛ لأنَّه مُنْفَصِلٌ عنها ، فأشْبَه السُّفْلانِىَّ إذا لم يكُنْ مَنْصُوبًا ، والقُفْلَ ، والدَّلْوَ ، ونحوَهما . ومَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ فى هذا كمذهبِنا سواءً .

١٩٣/٤ و

---

(٢٠) سقط من : م .

فصل : وما كان فى الأرضِ من الحِجارَةِ المَخْلُوقَةِ فيها ، أو مَبْنِيٌّ عليها[21] ، كأساساتِ الحِيطانِ المُتَهَدِّمَةِ ، فهى[22] لِلْمُشْتَرِى بالبَيْعِ ؛ لأنَّه من أجْزائِها ، فهى كَحِيطانِها ، وتُرابِها ، والمَعادِنِ الجامِدَةِ فيها ، والآجُرُّ كالحِجارَةِ فى هذا . وإذا كان المُشْتَرِى عالِمًا بذلك ، فلا خِيارَ له . وإن لم يكن عالِمًا به ، وكان ذلك يَضُرُّ بالأرْضِ ، ويَنْقُصُها ، كالصَّخْرِ المُضِرِّ بِعُرُوقِ الشَّجَرِ ، فهو عَيْبٌ ، ولِلْمُشْتَرِى الخِيارُ بين الفَسْخِ وأخْذِ الثَّمنِ ، أو الإمْساكِ وأخْذِ أرْشِ العَيْبِ ، كما فى سائِرِ المَبِيعِ . فأمَّا إن كانتِ الحِجارَةُ أو الآجُرُّ مُودَعًا فيها لِلنَّقْلِ عنها ، فهى لِلبائِعِ ، كالكَنْزِ ، وعليه نَقْلُها ، وتَسْوِيَةُ الأرْضِ إذا نَقَلَها ، وإصْلاحُ الحُفَرِ ؛ لأنَّه ضَرَرٌ لَحِقَ لاسْتِصْلاحِ مِلْكِه ، فكان عليه إزَالَتُه . وإن كان قَلْعُها يَضُرُّ بالأرْضِ ، أو تَتَطاوَلُ مُدَّتُه ، ولم يكُنِ المُشْتَرِى عالِمًا ، فله الخِيارُ كما ذَكَرْنا ؛ لأنَّه عَيْبٌ . وإن لم يكُنْ فى نَقْلِها ضَرَرٌ ، ويمكنُ نَقْلُها فى أيامٍ يَسِيرَةٍ ، كالثَّلاثَةِ فما دونَ ، فلا خِيارَ له ، وله مُطالَبَةُ البائِعِ بِنَقْلِها فى الحالِ ؛ لأنَّه لا عُرْفَ فى تَبْقِيَتِها ، بخِلافِ الزَّرْعِ . وإن كان عالِمًا بالحالِ ، فلا خِيارَ له ، ولا أُجْرَةَ فى الزَّمانِ الذى نُقِلَتْ فيه ؛ لأنَّه عَلِمَ بذلك ورَضِىَ ، فأشْبَهَ ما لو اشْتَرَى أرْضًا فيها زَرْعٌ . وإن لم يَعْلَمْ ، واخْتارَ إمْساكَ / المَبِيعِ ، فهل له أُجْرَةٌ لِزَمانِ النَّقْلِ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ، له ذلك ؛ لأن المَنافِعَ مَضْمُونَةٌ على المُتْلِفِ ، فكان عليه بَدَلُها ، كالأجْزاءِ . والثانى ، لا يَجِبُ ؛ لأنَّه لَمَّا رَضِىَ بإمْساكِ المَبِيعِ رَضِىَ[23] بِتَلَفِ المَنْفَعَةِ فى زَمانِ النَّقْلِ ، فإن لم يَخْتَرِ الإمْساكَ ، فقال البائِعُ : أنا أدَعُ ذلك لك . وكان ممَّا لا ضَرَرَ فى بَقائِه ، لم يكَنْ له خِيارٌ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ زالَ عنه .

٤/١٩٣ ظ

فصل : فإن كان فى الأرْضِ مَعادِنُ جامِدَةٌ ، كمَعَادِنِ الذَّهَبِ ، والفِضَّةِ ،

---

(٢١) فى الأصل : « فيها » .

(٢٢) فى الأصل : « فهو » .

(٢٣) سقط من : م .

والحَدِيدِ ، والنُّحاسِ ، والرَّصاصِ ، ونحوِها ، دَخَلَتْ فى البَيْعِ ، ومُلِكَتْ بمِلْكِ الأرْضِ التى هى فيها ؛ لأنَّها من أجْزائِها ، فهى كتُرابِها وأحْجارِها ، ولكنْ لا يُباعُ مَعْدِنُ الذَّهَبِ بِذَهَبٍ ، ولا مَعْدِنُ الفِضَّةِ بِفِضَّةٍ ، ويجوزُ بَيْعُها بغيرِ جِنْسِها . وإن ظَهَرَ فى الأرْضِ مَعْدِنٌ لم يَعْلَمِ البائِعُ به ، فله الخِيارُ ؛ لأنَّه زِيادَةٌ لم يَعْلَمْ بها ، فأشْبَهَ ما لو باعَهُ ثَوْبًا على أنه عشرةٌ ، فبانَ أحَدَ عَشَرَ . هذا إذا كان قد مَلَكَ الأرْضَ بإحْياءٍ أو إقْطاعٍ . وقد رُوِىَ أنَّ وَلَدَ بِلالِ بن الحارِثِ باعُوا عُمَرَ بنَ عبدِ العَزِيزِ أرْضًا ، فظَهَرَ فيها مَعْدِنٌ ، فقالوا : إنَّمَا بِعْنا الأرْضَ ، ولم نَبِعِ المَعْدِنَ . وأتَوْا عُمَرَ بنَ عبدِ العزيزِ بالكِتابِ الذى فيه قَطِيعَةُ النَّبِىِّ ﷺ لأبِيهِم ، فأخَذَهُ عُمَرُ فَقَبَّلَه ، ورَدَّ عليهم المَعْدِنَ[24] . وإن كان البائِعُ مَلَكَ الأرْضَ بالبَيْعِ ، احتَمَلَ أنْ لا يكونَ له خِيارٌ ؛ لأنَّ الحَقَّ لغيرِه ، وهو المالِكُ الأوَّلُ . واحْتَمَلَ أنْ يكونَ له الخِيارُ ، كما لو اشْتَرَى مَعِيبًا ثم باعَهُ ولم يَعْلَمْ عَيْبَهُ ، فإنَّه يَسْتَحِقُّ الرَّدَّ عليه ، وإن كان قد باعَهُ مثل ما اشْتراهُ . وقد رَوَى أبو طالِبٍ ، عن أحمدَ ، أنَّه[25] إذا ظَهَرَ المَعْدِنُ فى مِلْكِه مَلَكَهُ . وظاهِرُ هذا أنَّه لم يَجْعَلْه للبائِعِ ، ولا جَعَلَ له خِيارًا ؛ لأنَّه مِن أجْزاءِ الأرْضِ ، فأشْبَهَ ما لو ظَهَرَ فيها حِجارَةٌ لها قِيمَةٌ كَبِيرَةٌ .

فصل : وإذا كان فى الأرْضِ بِئْرٌ أو عَيْنٌ مُسْتَنْبَطَةٌ ، فنَفْسُ البِئْرِ وأرضُ العَيْنِ مَمْلُوكَةٌ لمالِكِ الأرْضِ ، والماءُ الذى فيها غيرُ مَمْلُوكٍ ؛ لأنَّه يَجْرِى من تَحْتِ الأرْضِ إلى مِلْكِه ، فأشْبَهَ الماءَ الجارِىَ فى النَّهْرِ إلى مِلْكِه ، وهذا أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشَّافِعِىِّ . والوجه الآخَرُ ، / يَدْخُلُ فى المِلْكِ ؛ لأنَّه نَماءُ المِلْكِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنَّه يُمْلَكُ ؛ فإنَّه قال فى رجُلٍ له أرْضٌ ولآخَرَ ماءٌ ، فيَشْتَرِكُ صاحِبُ الأرْضِ وصاحِبُ الماءِ فى الزَّرْعِ ، ويكون بينهما ؟ فقال : لا بأسَ . اخْتارَهُ أبو بكرٍ . وهذا يَدُلُّ على أنَّ الماءَ مَمْلُوكٌ لِصاحِبِه ، وفى مَعْنَى الماءِ ، المَعادِنُ الجارِيَةُ

١٩٤/٤ و

(٢٤) انظر ما تقدم فى : ٢٤٠/٤ ، ٢٤١ ، وتقدم بنصه فى : ٢٤٥/٤ ، ٢٤٦ .

(٢٥) سقط من : الأصل .

فى الأَمْلاكِ ، كالقارِ ، والنِّفطِ ، والمُومِياءِ ، والمِلْحِ . وكذلك الحُكْمُ فى النَّابِتِ فى أَرْضِه من الكَلَأ والشَّوْكِ ، ففى كلِّ ذلك يُخَرَّجُ على الرِّوايَتَيْنِ فى الماءِ . والصَّحِيحُ أنَّ الماءَ لا يُمْلَكُ ، فكذلك هذه . قال أحْمَدُ : لا يُعْجِبُنِى بَيْعُ الماءِ أَلْبَتَّةَ . قال الأَثْرَمُ : سَمِعْتُ أبا عبدِ اللهِ يُسْأَلُ عن قَوْمٍ بينهم نَهْرٌ تَشْرَبُ منه أَرْضُوهم ، لهذا يَوْمٌ ، ولهذا يَوْمانِ ، يَتَّفِقُونَ عليه بالحِصَصِ ، فجاءَ يَوْمِى ولا أَحْتاجُ إليه ، أُكْرِيهِ بِدَراهِمَ ؟ قال : ما أَدْرِى ، أمَّا النَّبِىُّ ﷺ فنَهَى عن بَيْعِ الماءِ . قِيلَ : إنَّه ليس يَبِيعُه ، إنَّما يُكْرِيهِ . قال : إنَّما احْتالُوا بهذا ليُحَسِّنُوه ، فأَىُّ شىءٍ هذا إلَّا البَيْعَ ! ورَوَى الأَثْرَمُ ، بإسْنادِه عن جابرٍ ، وإياسِ بنِ عبدِ المُزَنِىِّ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى أن يُباعَ الماءُ[٢٦] . ورُوِىَ أيضًا عن رَجُلٍ من أصْحابِ النَّبِىِّ ﷺ ، قال : « المُسْلِمُونَ شُرَكاءُ فى ثَلاثٍ : فى الماءِ والنَّارِ والكَلَأ » . رَواهُ[٢٧] أبو عُبَيْدٍ ، فى كِتابِ « الأَمْوالِ »[٢٨] ، فإذا قلنا : لا يُمْلَكُ . فصَاحِبُ الأَرْضِ أحَقُّ به من غيرِه ؛ لِكَوْنِه فى مِلْكِه ، فإن دَخَلَ غيرُه بغيرِ إذْنِه ، فأَخَذَهُ مَلَكَهُ ؛ لأنَّه مُباحٌ فى الأَصْلِ ، فأَشْبَه ما لو عَشَّشَ فى أَرْضِه طائِرٌ ، أو دَخَلَ فيها ظَبْىٌ ، أو نَضَبَتْ عن سَمَكٍ ، فدَخَلَ إليه داخِلٌ فأَخَذَه ، وأمَّا ما يَحُوزُه من الماءِ فى إنائِه ، أو يَأْخُذُه من الكَلَأ فى حَبْلِه[٢٩] ، [٣٠]أو يَحُوزُه فى رَحْلِه[٣٠] ، أو يَأْخُذُه من المَعادِنِ ، فإنه يَمْلِكُه بذلك[٣١] ، وله بَيْعُه بلا خِلافٍ بين

---

(٢٦) أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم بيع فضل الماء ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٧/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى بيع فضل الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٩/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى بيع فضل الماء ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٢/٥ . والنسائى ، فى : باب بيع الماء ، وباب بيع ضراب الجمل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٠/٧ ، ٢٧٣ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٨/٢ .

(٢٧) فى الأصل : « ورواه » .

(٢٨) فى : باب حمى الأرض ذات الكلأ والماء ، من كتاب الأرضين ... ، الأموال ٢٩٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى منع الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٩/٢ .

(٢٩) فى الأصل : « رحله » .

(٣٠ – ٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) سقط من : الأصل .

أهْلِ العِلْمِ ؛ فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « لَأَنْ يَأْخُذَ أحَدُكُمْ حَبْلًا ، فَيَأْخُذ حُزْمَةً مِنْ حَطَبٍ ، فَيَبِيعَ ، فَيَكُفَّ اللهُ بِهِ وَجْهَهُ ، خَيْرٌ لَهُ مِنْ أنْ يَسْأَلَ النَّاسَ ، أُعْطِىَ أو مُنِعَ » . رواهُ البُخَارِىُّ[٣٢] . ورَوَى أبو عُبَيْدٍ فى « الأمْوالِ »[٣٣] ، عن المَشْيَخةِ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الماءِ إلَّا ما حُمِلَ منه . وعلى ذلك مَضَتِ العادَةُ فى الأمْصارِ بِبَيْعِ الماءِ فى الرَّوايا ، والحَطَبِ ، والكَلَإِ ، من غيرِ نَكِيرٍ ، وليس / لأحدٍ أن يَشْرَبَ منه ، ولا يَتَوضَّأَ ، ولا يَأْخُذَ إلَّا بإذْنِ مالِكِه . وكذلك لو وَقَفَ على بِئْرِه ، أو بِئْرٍ مُباحٍ فاسْتَقَى بِدَلْوِه ، أو بدُولابٍ أو نحوِه ، فما يُرَقِّيهِ من الماءِ ، فهو مِلْكُهُ ، وله بَيْعُه ؛ لأنَّه مَلَكَهُ بأخْذِه فى إنائِه . قال أحمدُ : إنَّما نُهِىَ عن بَيْعِ فَضْلِ ماءِ البِئْرِ والعُيُونِ فى قَرارِه . ويَجُوزُ بَيْعُ البِئْرِ نَفْسِها ، والعينِ ، ومُشْتَرِيها أحَقُّ بمَائِها . وقد رُوِىَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « مَنْ يَشْتَرِى بِئْرَ رُومَةَ[٣٤] يُوَسِّعُ بِهَا عَلَى المُسْلِمِينَ وَلَهُ الجَنَّةُ » ، أو كما قال . فاشْتَراها عُثْمَانُ بنُ عَفَّانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، من يَهُودِىٍّ ، بأمْرِ النَّبىِّ ﷺ ، وسَبَّلَهَا لِلْمُسْلِمِينَ ، وكان اليَهُودِىُّ[٣٥] يَبِيعُ ماءَها[٣٦] . ورُوِىَ أنَّ عُثْمانَ اشْتَرَى منه[٣٧] نِصْفَها باثْنَىْ عشرَ ألْفًا ، ثم قال لليَهُودِىِّ : اخْتَرْ ، إمَّا أن تَأْخُذَهَا يَوْمًا وآخُذَها أنا[٣٨] يَوْمًا ، وإمَّا أن نَنْصِبَ لك عليها دَلْوًا ، وأنْصِبَ عليها دَلْوًا . فاخْتَارَ يَوْمًا ويَوْمًا ، فكان الناسُ يَسْتَقُونَ منها فى يوم عُثْمانَ لِلْيَوْمَيْنِ ، فقال

١٩٤/٤ ظ

---

(٣٢) فى : باب كسب الرجل وعمله بيده ، من كتاب البيوع ، وفى : باب بيع الحطب والكلأ ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ٣/٧٥ ، ١٤٩ .

(٣٣) فى : باب حمى الأرض ذات الكلأ والماء ، من كتاب الأرضين ... ، الأموال ٣٠٢ .

(٣٤) رومة : أرض بالمدينة بين الجرف وزغابة ، نزلها المشركون عام الخندق ، وفيها بئر رومة . معجم البلدان ٢/٨٧٣ .

(٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) أخرجه البخارى تعليقا ، فى : باب فى الشرب ومن رأى صدقة الماء وهبته ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ٣/١٤٤ . والترمذى ، فى : باب فى مناقب عثمان ... ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذى ١٣/١٥٧ .

(٣٧) سقط من : الأصل .

(٣٨) فى الأصل : « منها » .

اليَهُودِىُّ : أفْسَدْتَ عَلَىَّ بِعْرِى ، فاشْتَرِ بَاقِيَها . فاشْتَراهُ بِثَمَانِيَةِ آلافٍ . وفى هذا دَلِيلٌ على صِحَّةِ بَيْعِها ، وتَسْبِيلِها ، وصِحَّةِ بَيْعِ ما يَسْتَقِيهِ منها ، وجَوازِ قِسْمَةِ مائِها بالمُهَايَأةِ[39] ، وكَوْنِ مالِكِها أحَقَّ بمائِها[40] ، وجَوازِ قِسْمَةِ ما فيه حَقٌّ وليس بِمَمْلُوكٍ . فأمَّا المِياهُ الجارِيَةُ ، فما كان نابِعًا فى غير مِلْكٍ ، كالأنْهارِ الكِبارِ ، وغيرِها ، لم تُمْلَكْ بحالٍ ، ولو دَخَلَ إلى أرْضِ رَجُلٍ ، لم يَمْلِكْهُ بذلك ، كالطَّيْرِ يَدْخُلُ إلى أرْضِه ، ولكلِّ أحدٍ أخْذُه . ولا يَمْلِكُه ، إلَّا أن يَجْعَلَ له فى أرْضِه مُسْتَقَرًّا ، كالبِرْكَةِ ، والقَرارَةِ[41] ، أو يَحْتَفِرَ سَاقِيَةً ، يأْخُذُ فيها من ماءِ النَّهْرِ الكَبِيرِ ، فيكونُ أحَقَّ بذلك الماءِ من غيرِه ، كَنَقْعِ البِئْرِ ، وإن كان ما يَسْتَقِرُّ فى البِرْكَةِ لا يَخْرُجُ منها ، فالأوْلَى أنه يَمْلِكُه بذلك على ما سَنَذْكُرُه فى مِياهِ الأمْطارِ . وما كان نابِعًا أو مُسْتَنْبَطًا كالقُنِىِّ ، فهو كَنَقْعِ البِئْرِ ، وفيه من الخِلافِ ما فيه ، فأمَّا المَصانِعُ المُتَّخَذَةُ لِمياهِ الأمْطارِ تُجْمَعُ فيها ، ونحوُها من البِرَكِ وغيرِها ، فالأوْلَى أنَّه يمْلكُ ماءَها ، ويَصِحُّ بَيْعُه إذا كان مَعْلُومًا ؛ لأنَّه مُباحٌ حَصَّلَه بشىءٍ مُعَدٍّ له ، فملَكَه ، كالصَّيْدِ يَحْصُلُ فى شَبَكَتِه ، والسَّمَكِ فى بِرْكَةٍ مُعَدَّةٍ له ، ولا يجُوزُ / أخْذُ شىءٍ منه إلَّا بإذْنِ مالِكِه . ٤/١٩٥ و

٧٢٢ ـ مسألة ؛ قال : (وَإذَا اشْتَرَى الثَّمرةَ دُونَ الأَصْلِ ، ولَمْ يَبْدُ صَلاحُهَا على التَّرْكِ إلى الجِزَازِ ، لم يَجُزْ . وإن اشْتَراها عَلَى القَطْعِ ، جَازَ)

لا يَخْلُو بَيْعُ الثَّمرةِ قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها من ثَلاثَة أَقْسَامٍ ؛ أحدُها ، أن يَشْتَرِيَها بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ ، فلا يَصِحُّ البَيْعُ إجْماعًا ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهى عن بَيْعِ الثِّمارِ حتى يَبْدُوَ صَلَاحُها . نهى البائِعَ والمُبْتاعَ . مُتَّفَقٌ عليه[1] . النَّهْىُ يَقْتَضِى فَسادَ المَنْهِىِّ

---

(٣٩) المهايأة : قسمة الأيام فى السقى .

(٤٠) فى م : « بمثلها » .

(٤١) فى م : « والقرار » .

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ١٠١/٣ . ومسلم ، فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٥/٣ ، ١١٦٦ .
=

عنه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على القَوْلِ بجُمْلَةِ هذا الحَدِيثِ . القسم الثانى ، أن يَبِيعَها بِشَرْطِ القَطْعِ فى الحال ، فيَصِحُّ بالإجْماعِ ؛ لأنَّ المَنْعَ إنَّما كان خَوْفًا مِن تَلَفِ الثَّمَرَةِ ، وحُدُوثِ العاهَةِ عليها قبلَ أخْذِها ؛ بدَلِيلِ ما رَوَى أنَسٌ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الثِّمارِ حتى تَزْهُوَ[2] . قال : « أرَأَيْتَ إذَا مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ ، بِمَ يَأْخُذُ أحَدُكُمْ مَالَ أخِيهِ ؟ » . رَوَاهُ البُخَارِىُّ[3] . وهذا مأْمُونٌ فيما يُقْطَعُ ، فصَحَّ بَيْعُه كما لو بَدا صَلاحُه . القسم الثالث ، أن يَبِيعَها مُطْلَقًا ، ولم يَشْتَرِطْ قَطْعًا ولا تَبْقِيَةً ، فالبَيْعُ باطِلٌ . وبه قال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ . وأجازَهُ أبو حنيفةَ ؛ لأنَّ إطْلاقَ العَقْدِ يَقْتَضِى القَطْعَ ، فهو كما لو اشْتَرَطَه ، قال : ومَعْنَى النَّهْى ، أن يَبِيعَها مُدْرِكَةً قبلَ إدْراكِها ، بِدَلالَةِ قوله : « أرَأَيْتَ إن مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ ، بِمَ يَأْخُذُ أحَدُكُمْ مَالَ أخِيهِ ؟ » . فلَفْظَةُ المَنْعِ تَدُلُّ على أنَّ العَقْدَ يَتَناوَلُ مَعْنًى ، وهو مَفْقُودٌ فى الحالِ حتى يُتَصَوَّرَ المَنْعُ . ولَنا ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ أطْلَقَ النَّهْىَ عن بَيْعِ الثَّمَرَةِ قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها . فيَدْخلُ فيه مَحَلُّ النِّزاعِ ، واسْتِدْلالُهم بسِياقِ الحَدِيثِ يدُلُّ[4] على هَدْمِ قاعِدَتِهِمْ التى قَرَّرُوها ، فى أنَّ إطْلاقَ العَقْدِ يَقْتَضِى القَطْعَ ، ويُقَرِّرُ ما قُلْنا ، من أنَّ[5] إطْلاقَ العَقْدِ يَقْتَضِى[6] التَّبْقِيَةَ ، فيَصِيرُ العَقْدُ المُطْلَقُ كالذى شُرِطَتْ فيه التَّبْقِيَةُ ،

= كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٧/٢ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : ٧/٢ ، ٦٢ ، ١٢٣ .

(٢) فى الأصل : « تزهى » .

(٣) فى : باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ١٠١/٣ .
كما أخرجه مسلم ، فى : باب وضع الجوائح ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٠/٣ . والنسائى ، فى : باب شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٢/٧ . والإمام مالك ، فى : باب النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦١٨/٢ .

(٤) فى م : « يدم » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) فى الأصل : « مقتضى » .

يَتناوَلُهما النَّهْىُ جَمِيعًا ، ويَصِحُّ تَعْلِيلُهُما بالعِلَّةِ التى عَلَّلَ بها النَّبِىُّ ﷺ، مِن مَنْعِ الثَّمَرَةِ وهَلاكِها .

١٩٥/٤ ظ **فصل** : وبَيْعُ الثَّمَرَةِ قبل بُدُوِّ صَلاحِها مِن غيرِ شَرْطِ القَطْعِ على ثَلاثَةِ / أضْرُبٍ أحدُها ، أن يَبِيعَها مُفْرَدةً لغير مالِكِ الأصْلِ ، فهذا الضَّرْبُ الذى ذَكَرْنا حُكْمَه ، وبَيَّنَّا بُطْلَانَهُ . الثانى ، أن يَبِيعَها مع الأَصْلِ ، فيجوزُ بالإجْماعِ ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « مَنِ ابْتاعَ نَخْلًا بَعْدَ أنْ تُؤَبَّرَ ، فَثَمَرَتُها لِلَّذِى باعَهَا ، إِلَّا أنْ يَشْتَرِطَ المُبْتَاعُ »[٧] . ولأنَّه إذا باعَها مع الأصْلِ حَصَلَتْ تَبَعًا فى البَيْعِ[٨] ، فلم يَضُرَّ احْتِمالُ الغَرَرِ فيها ، كما احتُمِلَتِ الجَهالَةُ فى بَيْعِ اللَّبَنِ فى الضَّرْعِ مع بَيْعِ الشَّاةِ ، والنَّوَى فى التَّمْرِ مع التَّمْرِ ، وأساساتِ الحِيطانِ فى بَيْعِ الدَّارِ . الثالث ، أن يَبِيعَها مُفْرَدَةً لِمالِكِ الأصْلِ ، نحوُ أن تكونَ لِلبائِعِ ولا يَشْتَرِطُها المُبْتاعُ ، فيَبِيعَها له بعدَ ذلك ، أو يُوصِىَ لِرَجُلٍ بِثَمَرَةِ نَخْلَتِه[٩] ، فيَبِيعَها لِوَرَثَةِ المُوصِى ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَصِحُّ البَيْعُ ، وهو المَشْهُورُ من قَوْلِ مالِكٍ ، وأحدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه يَجْتَمِعُ الأصْلُ والثَّمَرَةُ لِلْمُشْتَرِى ، فيَصِحُّ ، كما لو اشْتَراهُما معًا . ولأنَّه إذا باعَها لمالِكِ الأصْلِ حَصَلَ التَّسْلِيمُ إلى المُشْتَرِى على الكَمالِ ؛ لكَوْنِه مالِكًا لأُصُولِها وقَرارِها ، فصَحَّ ، كبَيْعِها مع أصْلِها . والثانى ، لا يَصِحُّ . وهو أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ العَقْدَ يَتناوَلُ الثَّمَرَةَ خاصَّةً ، والغَرَرَ فيما يَتناوَلُه العَقْدُ أصْلًا يَمْنَعُ الصِّحَّةَ ، كما لو كانتِ الأُصُولُ لأجْنَبِىٍّ ، ولأنَّها تَدْخُلُ فى عُمُومِ النَّهْىِ ، بخِلافِ ما إذا باعَهُما معًا ، فإنَّه مُسْتَثْنًى بالخَبَرِ المَرْوِىِّ فيه ، ولأنَّ الغَرَرَ فيما يَتناوَلُه العَقْدُ أصْلًا يَمْنَعُ الصِّحَّةَ ، وفيما إذا باعَهُما معًا تَدْخُلُ الثَّمَرَةُ تَبَعًا ، ويجوزُ فى التَّابِعِ من الغَرَرِ ما لا يجوزُ فى المَتْبُوعِ ، كما يجوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ فى الضَّرْعِ ، والحَمْلِ مع الشَّاةِ ،

---

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١ .

(٨) فى م : « بيع » .

(٩) فى م : « نخلة » .

وغيرِهما . وإن باعَهُ الثَّمَرَ ، بِشَرْطِ القَطْعِ فى الحالِ ، صَحَّ ، وَجْهًا واحِدًا ، ولا يَلْزَمُ المُشْتَرِىَ الوَفاءُ بالشَّرْطِ ؛ لأنَّ الأصْلَ له .

فصل : ولا يَجُوزُ بَيْعُ الزَّرْعِ الأخْضَرِ فى الأرْضِ إلَّا بِشَرْطِ القَطْعِ فى الحالِ ، كما ذَكَرْنا فى الثَّمَرَةِ على الأُصُولِ ؛ لما رَوَى مُسْلِمٌ[10] ، عن ابنِ عُمَرَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ النَّخْلِ حتى يَزْهُوَ[11] ، وعن بَيْعِ السُّنْبُلِ حتى يَبْيَضَّ ويَأْمَنَ العَاهَةَ . نَهَى البائِعَ والمُشْتَرِىَ . قال ابنُ المُنْذِرِ : لا أعْلَمُ أحَدًا / يَعْدِلُ عن القَوْلِ به . وهو قَوْلُ مالِكٍ ، وأهْلِ المَدِينَةِ ، وأهْلِ البَصْرَةِ ، وأصْحابِ الحَدِيثِ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . فإن باعَهُ مع الأرْضِ ، جازَ ، كَبَيْعِ الثمَرَةِ مع الأصْلِ ، وإن باعَهُ لمالِكِ الأرْضِ ، ففيه وَجْهانِ ، على ما ذَكَرْنا فى الثمَرَةِ تُباعُ من مالِكِ الأصْلِ . وقال أبو الخَطَّابِ : يجوزُ . وإن باعَهُ إيَّاه بِشَرْطِ القَطْعِ ، جازَ ، وَجْهًا واحِدًا ، ولم يَلْزَمِ المُشْتَرِىَ الوَفاءُ بالشَّرْطِ ؛ لأنَّ الأصْلَ له ، فهو كَبَيْعِ الثَّمَرَةِ من مالِكِ الأصْلِ بِشَرْطِ القَطْعِ . وإذا اشْتَدَّ حَبُّ الزَّرْعِ ، جازَ بَيْعُه مُطْلَقًا ، وبِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ ، لِقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ فى الحديث : « حتى يَبْيَضَّ » . فَجَعَلَ ذلك غايَةَ المَنْعِ من بَيْعِه ، فَيَدُلُّ على الجَوازِ بعدَه . وفى رِوَايَةٍ ، نَهَى النَّبِىُّ ﷺ عن بَيْعِ العِنَبِ حتى يَسْوَدَّ ، وعن بَيْعِ الحَبِّ حتى يَشْتَدَّ[12] . ولأنَّه إذا اشْتَدَّ حَبُّه بَدَا صَلاحُه ، فصار كالثَّمَرَةِ إذا بَدا

١٩٦/٤ و

---

(١٠) فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٥/٣ ، ١١٦٦ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ... ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٧/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٣٤/٥ . والنسائى ، فى : باب بيع السنبل حتى يبيض ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٨/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٢ .

(١١) فى م : « يزهى » .

(١٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٧/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٣٦/٥ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٢١/٣ ، ٢٥٠ .

صَلاحُها . وإذا اشْتَدَّ شىءٌ من حَبِّه ، جاز بَيْعُ جَمِيعِ ما فى البُسْتانِ من نَوْعِه ، كالشَّجَرَةِ إذا بَدا الصَّلاحُ فى شىءٍ منها .

فصل : ذكر[١٣] القاضِى فى الصُّلْحِ قال : وإذا اعْتَرَفَ لِرَجُلٍ بِزَرْعٍ ثم صالَحَهُ منه بِعِوَضٍ ، صَحَّ فيما يَصِحُّ فى البَيْعِ ، وبَطَلَ فيما يَبْطُلُ فيه . ولو ادَّعَى اثْنانِ زَرْعًا فى يَدِ آخَرَ ، فأَقَرَّ لهما به ، فالزَّرْعُ بينهما نِصْفانِ ، فإن صالَحَ[١٤] أحَدُهما عن حَقِّه منه قبل اشْتِدادِ حَبِّه ، لم يَجُزْ ، سَواءٌ شَرَطَ القَطْعَ ، أو أطْلَقَ ؛ لأنَّه إن أطْلَقَ بَطَلَ ، لِلنَّهْىِ عن بَيْعِ المُخاضَرَةِ[١٥] ، وإن شَرَطَ القَطْعَ لم يُمْكِنه قَطْعُ نَصِيبِه إلَّا بِقَطْعِ الزَّرْعِ كلِّه . وإن كانتِ الأَرْضُ لِلْمُقِرِّ ، احتَمَلَ أن يَصِحَّ ، واحْتَمَلَ أنْ لا يَصِحَّ ، بِناءً على الوَجْهَيْنِ فيما إذا اشْتَرَى زَرْعًا أخضرَ فى أرْضٍ مَمْلُوكَةٍ له ، ولو كانتِ الأرْضُ لِرَجُلٍ ، والزَّرْعُ لآخَرَ ، فقال أحَدُهما : صالِحْنِى من نِصْفِ أرْضِى على نِصْفِ زَرْعِكَ ، فيكون الزَّرْعُ والأَرْضُ بيْننا نِصْفَيْنِ . فإن كان بعد اشْتِدادِ حَبِّه جازَ ؛ لأنَّه يجوزُ بَيْعُه ، وإن كان قبلَ ذلك ، فهل يَجوزُ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ بِناءً على بَيْعِ الزَّرْعِ من مالِكِ الأرْضِ ، وذلك لأنَّه يَبِيعُ نِصْفَ الزَّرْعِ لمالِكِ الأرْضِ ، ويَشْتَرِى منه نِصْفَ الأرْضِ التى له فيها الزَّرْعُ ، وإن شَرَطا فى البَيْعِ أن يَقْطَعا الزَّرْعَ / جَمِيعَه ، ويُسَلِّمَ الأرْضَ فارِغَةً ، ففيه وَجْهَانِ أيضًا ؛ أحَدُهما ، يَصِحُّ ؛ لاشْتِراطِهما قَطْعَ كلِّ الزَّرْعِ وتَفْرِيغَ الأرْضِ منه ، واحتَمَلَ أن يَبْطُلَ ؛ لأنَّ صاحِبَ الأرْضِ باعَهُ نِصْفَ الأرْضِ بِشَرْطِ قَطْعِ زَرْعِ غيره ؛ لِيُسَلِّمَ إليه أرْضَهُ . وإن قُلْنا : يَصِحُّ . لم يَلْزَمِ الوَفاءُ بالشَّرْطِ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما حَصَلَ زَرْعُهُ فى أرْضِه ، فلم يَلْزَمْهُ قَطْعُه .

١٩٦/٤ ظ

فصل : وإذا اشْتَرَى رَجُلٌ نِصْفَ الثَّمرَةِ قبل بُدُوِّ صَلَاحِها ، أو نِصْفَ الزَّرْعِ

---

(١٣) فى الأصل : « ذكره » .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) بيع المخاضرة : بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها وهى خضر بعد ، وذلك منهى عنه . اللسان (خ ض ر) .

قبلَ اشْتِدادِ حَبِّه مُشاعًا ، لم يَجُزْ ، سواءٌ اشْتَراهُ من رَجُلٍ ، أو من أكْثَرَ منه ، وسواءٌ شَرَطَ القَطْعَ ، أو لم يَشْرُطْه ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه قَطْعُه إلَّا بِقَطْعِ ما لا يَمْلِكُه ، فلم يَصِحَّ اشْتراطُه .

فصل : والقُطْنُ ضَرْبانِ ؛ أحَدُهما ، مالَه أصْلٌ يَبْقَى فى الأرْضِ أعْوامًا ، كالشَّجَرِ تَتَكَرَّرُ ثَمَرَتُه ، فهذا حُكْمُه حُكْمُ الشَّجَرِ ، فى أنَّه يَصِحُّ إفْرادُه بِالبَيْعِ ، وإذا بِيعَتِ الأرْضُ بِحُقُوقِها دَخَلَ فى البَيْعِ ، وثَمَرُه كالطَّلْعِ إن تَفَتَّحَ فهو لِلْبائِعِ ، وإلَّا فهو لِلْمُشْتَرِى . والثانى ، ما يَتَكَرَّرُ زَرْعُه كلَّ عامٍ ، فحُكْمُه حُكْمُ الزَّرْعِ ، ومتى كان جَوْزُه ضَعِيفًا رَطْبًا ، لم يَقْوَ ما فيه ، لم يَجُزْ بَيْعُه إلَّا بشَرْطِ القَطْعِ ، كالزَّرْعِ الأخْضَرِ ، وإن قَوِىَ جَوْزُه[16] واشْتَدَّ ، جازَ بَيْعُه بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ ، كالزَّرْعِ الذى اشْتَدَّ حَبُّهُ ، وإذا بِيعَتِ الأرْضُ لم يَدْخُلْ فى البَيْعِ إلَّا أن يَشْتَرِطَهُ المُبْتاعُ . والباذِنْجانُ نَوْعانِ ؛ أحَدُهما ، ماله شَجَرٌ تَبْقَى أُصُولُه وتَتَكَرَّرُ ثَمَرَتُه ، فهو كالشَّجَرِ . والثانى ، ما يَتَكَرَّرُ زَرْعُه كلَّ عَامٍ ، فهو كالحِنْطَةِ والشَّعِيرِ .

٧٢٣ – مسألة ؛ قال : (فَإنْ تَرَكَها حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُها ، بَطَلَ البَيْعُ)

اخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ عن أحْمَدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى مَن اشْتَرَى ثَمَرَةً قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها ، فتَرَكَها حتى بَدا صَلاحُها ، فنَقَلَ عنه حَنْبَلٌ ، وأبو طالِبٍ : أنَّ البَيْعَ يَبْطُلُ . قال القاضى : هى أصَحُّ . فعلى هذا يَرُدُّ المُشْتَرِى الثَّمرةَ إلى البائِعِ ، ويَأْخُذُ الثَّمَنَ . ونقلَ أحْمَدُ بن سَعِيدٍ ، أنَّ البَيْعَ لا يَبْطُلُ . وهو قولُ أكْثَرِ الفُقَهاءِ ؛ لأنَّ أكْثَرَ ما فيه أنَّ المَبِيعَ اخْتَلَطَ بغيرِه ، فأشْبَه ما لو اشْتَرَى ثَمَرةً ، فَحَدَثَتْ ثَمَرةٌ / أُخْرَى ، ولم تَتَمَيَّزْ ، أو حِنْطَةً فانْثالَتْ عليها أُخْرَى ، أو ثَوْبًا ، فاخْتَلَطَ بغيرِه . ونَقَلَ عنه أبو داودَ ، فى من اشْتَرَى قَصِيلًا ، فَمرِضَ ، أو تَوَانَى حتى صَارَ شَعِيرًا . قال : إن أرادَ به حِيلَةً فَسَدَ البَيْعُ ، وإلَّا لم يَفْسُدْ . والظَّاهِرُ : أنَّ هذه تَرْجِعُ إلى ما نَقَلَهُ ابنُ سَعِيدٍ ، فإنَّه

١٩٧/٤ و

---

(١٦) فى الأصل : « حبه » .

يَتَعَيَّنُ حَمْلُ ما نَقَلَهُ أَحْمَدُ بن سَعِيدٍ فى صِحَّةِ البَيْعِ على من لم[١٧] يُرِدْ حِيلَةً ، فإن أرادَ الحِيلَةَ ، وقَصَدَ بِشَرْطِه القَطْعَ الحِيلَةَ على إبْقائِه ، لم يَصِحَّ بحالٍ ، إذ قد ثَبَتَ من مذهبِ أحمدَ أنَّ الحِيَلَ كلَّها باطِلَةٌ . ووَجْهُ الرِّوايَةِ الأُولَى ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الثَّمَرَةِ قبل بُدُوِّ صَلَاحِها[١٨] . فاسْتَثْنَى منه ما اشْتَراهُ بِشَرْطِ القَطْعِ ، فقَطَعَهُ بالإِجْماعِ ، فيَبْقَى ما عَداه على أصْلِ التَّحْرِيمِ ، ولأنَّ التَّبْقِيَةَ مَعْنًى حَرَّمَ الشَّرْعُ اشْتراطَه لِحَقِّ اللهِ تعالى ، فأبْطَلَ العَقْدُ وُجودَه . كالنَّسِيئَةِ فيما يَحْرُمُ فيه النَّساءُ ، وتَرْكِ التَّقابُضِ فيما يُشْتَرَطُ فيه القَبْضُ ، أو الفَضْلِ فيما يَجِبُ التَّساوِى فيه ، ولأنَّ صِحَّةَ البَيْعِ تَجْعَلُ ذلك ذَرِيعَةً إلى شِراءِ الثَّمَرَةِ قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها ، وتَرْكِها حتى يَبْدُوَ صَلَاحُها ، ووَسَائِلُ الحَرامِ حَرامٌ ، كَبَيْعِ العِينةِ[١٩] . ومتى حَكَمْنا بفَسادِ البَيْعِ ، فالثَّمَرَةُ كلُّها لِلْبائِعِ . وعنه ، أنَّهما يَتَصَدَّقانِ بالزِّيادَةِ . قال القاضى : هذا مُسْتَحَبٌّ لِوُقُوعِ الخِلافِ فى مُسْتَحِقِّ الثَّمَرَةِ ، فاسْتُحِبَّتِ الصَّدَقَةُ بها ، وإلَّا فالحَقُّ أنَّها للبائِعِ تَبَعًا للأَصْلِ ، كسائِرِ نَماءِ المَبِيعِ المُتَّصِلِ إذا رُدَّ على البائِعِ بِفَسْخٍ أو بُطْلانٍ . ونقل ابنُ أبى مُوسى فى « الإرْشادِ » ، أن البائِعَ والمُشْتَرِىَ يكُونان شَرِيكَيْنِ فى الزِّيادَةِ . وأمَّا إن حَكَمْنا بِصِحَّةِ العَقْدِ ، فقد رُوِىَ أنَّهما يَشْتَرِكانِ فى الزِّيادَةِ ؛ لِحُصُولِها فى مِلْكِهِما ، فإن مَلَكَ المُشْتَرِى الثمرَةَ ، ومَلَكَ البائِعُ الأَصْلَ ، وهو سببُ الزِّيادَةِ . قال القاضى : الزِّيادَةُ لِلْمُشْتَرِى كالعَبْدِ إذا سَمِنَ . وحَمَلَ قولَ أحمدَ : « يَشْتَرِكَانِ » على الاسْتِحْبابِ . والأَوَّلُ أظْهَرُ ؛ لما ذَكَرْنا ، فإنَّ الزِّيادَةَ حَصَلَتْ من أصْلِ البائِعِ من غير اسْتِحْقاقِ تَرْكِها ، فكان / فيها حَقٌّ له ، بخِلافِ العَبْدِ إذا سَمِنَ ، فإنَّه لا يَتَحَقَّقُ فيه هذا المَعْنَى ، ولا يُشْبِهُه ، ولا يَصِحُّ حَمْلُ قولِ أحمدَ على

١٩٧/٤ ظ

---

(١٧) سقط من : م .

(١٨) تقدم فى صفحة ١٤٨ .

(١٩) بيع العينة : إذا باع من رجل سلعة بثمن معلوم إلى أجل معلوم ثم اشتراها منه بأقل من الثمن الذى باعها به . اللسان (ع ى ن) .

الاسْتِحْبابِ ؛ فإنَّه لا يُسْتَحَبُّ للبائِعِ أن يَأْخُذَ من المُشْتَرِى ما ليس بِحَقٍّ له ، بل ذلك حرامٌ عليه ، فكيف يكون مُسْتَحَبًّا ! وعن أحمدَ ، أنَّهما يَتَصَدَّقانِ بالزِّيادَةِ ، وهو قولُ الثَّوْرِىِّ ، ومحمدِ بن الحسنِ ؛ لأنَّ عَيْنَ المَبيعِ زادَ بجهةٍ مَحْظُورَةٍ ، قال الثَّوْرِىُّ : إذا اشْتَرَى قَصِيلًا يَأْخُذُ رَأْسَ مالِه ، ويَتَصَدَّقُ بالبَاقِى . ولأنَّ الأَمْرَ اشْتَبَه فى هذه الزِّيادَةِ وفى مُسْتَحِقِّها ، فكان الأَوْلَى الصَّدَقَةَ بها ، ويُشْبِهُ أن يكونَ هذا اسْتِحْبابًا ؛ لأنَّ الصَّدَقَةَ بالشُّبُهاتِ مُسْتَحَبَّةٌ . وإن أَبَيَا الصَّدَقَةَ بها ، اشْتَرَكا فيها ، والزِّيادَةُ هى ما بين قِيمَتِها حين الشِّراءِ ، وقِيمَتِها يومَ أَخْذِها . قال القاضى : ويحتَمِلُ أنَّها ما بين قِيمَتِها قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها وقيمَتِها بعدَه ؛ لأنَّ الثَّمرَةَ قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها ، كانَتْ لِلْمُشْتَرِى بِتَمامِها ، لا حَقَّ للبائِعِ فيها . وقال الثَّوْرِىُّ : يأخُذُ المُشْتَرِى رَأْسَ مالِه ، ويَتَصَدَّقُ بالباقِى . وكذلك الحُكْمُ فى الرَّطبَةِ إذا طالَتْ ، والزَّرْعِ الأخضرِ إذا أَدْجَنَ . وهذا فيما إذا لم يُقْصَدْ وَقْتَ الشِّراءِ تأْخِيرُه ، ولم يُجْعَلْ شِراؤُه بشَرْطِ القَطْعِ حِيلَةً ، على المَنْهِىِّ عنه من شِراءِ الثَّمرةِ قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها ، لِيَتْرُكَها حتى يَبْدُوَ صَلاحُها ، فأمَّا إن قَصَدَ ذلك ، فالبَيْعُ باطِلٌ من أصْلِه ؛ لأنَّه حِيلَةٌ مُحَرَّمَةٌ . وعندَ أبى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ ، لا حُكْمَ لِقَصْدِه ، والبَيْعُ صَحِيحٌ ، قَصَدَ أو لم يَقْصِدْ ، وأصْلُ هذا ، الخِلَافُ فى تَحْرِيمِ الحِيَلِ ، وقد سَبَقَ الكَلامُ فى هذا .

٧٢٤ ـ مسألة ؛ قال : (فَإِنِ اشْتَراهَا بَعْدَ أَنْ بَدَا صَلاحُهَا عَلَى التَّرْكِ إِلَى الجِزَازِ ، جَازَ)

وجملةُ ذلك ، أنَّه إذا بَدَا الصَّلَاحُ فى الثَّمَرةِ ، جَازَ بَيْعُها مُطْلَقًا ، وبِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ إلى حالِ الجِزازِ ، وبِشَرْطِ القَطْعِ . وبذلك قال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ . وقالَ أبو حنيفَةَ وأصحابُه : لا يجوزُ بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ . إلَّا أنَّ محمَّدًا قال : إذا تَناهَى عِظَمُها ، جازَ . واحْتَجُّوا / بأنّ هذا شَرْطُ الانْتفاعِ بمِلْكِ البائِعِ على وَجْهٍ لا يَقْتَضِيه العَقْدُ ، فلم يَجُزْ ، كما لو شَرَطَ تَبْقِيَةَ الطَّعامِ فى كُنْدوجِه[1] . ولَنا ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ

١٩٨/٤ و

---

(١) الكُنْدُوج : شِبْه المخزن . القاموس .

الثَّمَرَةِ حتى يَبْدُوَ صلاحُها[2] . فمَفْهُومُه إباحَةُ بَيْعِها بعدَ بُدُوِّ صلاحِها ، والمَنْهِىُّ عنه قبلَ بُدُوِّ الصَّلاحِ عندَهم البَيْعُ بشَرْطِ التَّبْقِيَةِ ، فيَجِبُ أنْ يَكُونَ ذلك جائِزًا بعدَ بُدُوِّ الصَّلاحِ ، وإلَّا لم يَكُنْ بُدُوُّ الصَّلاحِ غايَةً ، ولا فائِدَةَ فى ذِكْرِه . ولأنَّ النَّبىَّ ﷺ نَهى عن بَيْعِ الثَّمَرَةِ حتى يَبْدُوَ صَلاحُها ، وتَأْمَنَ العاهَةَ[3] . وتَعْلِيلُه بأمْنِ العاهَةِ يَدُلُّ على التَّبْقِيَةِ ؛ لأنَّ ما يُقْطَعُ فى الحالِ لا يُخافُ العاهَةُ عليه ، وإذا بدا الصَّلاحُ فقد أُمِنَتِ العاهَةُ ، فيَجِبُ أنْ يَجُوزَ بَيْعُه مُبَقًّى لِزَوالِ عِلَّةِ المَنْعِ ، ولأنَّ النَّقْلَ والتَّحْوِيلَ يَجِبُ فى المَبِيعِ بِحُكْمِ العُرْفِ ، فإذا شَرَطَه جازَ ، كما لو شَرَطَ نَقْلَ الطَّعامِ مِن مِلْكِ البائِعِ حَسَبَ الإمكانِ . وفى هذا انْفِصالٌ عمَّا ذَكَرُوه .

فصل : ولا يَخْتَلِفُ المذهبُ أنَّ بُدُوَّ الصَّلاحِ فى بعضِ ثَمَرَةِ النَّخْلَةِ ، أو الشَّجَرَةِ صَلاحٌ لجميعِها ، أعْنِى أنَّه يُباحُ [4]بَيْعُ جميعِها[4] بذلك . ولا أعلمُ فيه اختلافًا ، وهل يجوزُ بَيْعُ سائِرِ ما فى البُسْتانِ مِن ذلك النَّوْعِ ؟ فيه رِوايَتانِ ؛ أظْهَرُهما جوازُه . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ ، ومحمدِ بن الحسنِ . وعنه : لا يجوزُ إلَّا بَيْعُ ما بَدا صلاحُه ؛ لأنَّ ما لم يَبْدُ صلاحُه داخلٌ فى عُمُومِ النَّهْىِ ، ولأنَّه لم يَبْدُ صلاحُه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه مِن غيرِ شَرْطِ القَطْعِ ، كالجِنْسِ الآخَرِ ، وكالذى فى البُسْتانِ الآخَرِ . وَوَجْهُ الأُولَى أنَّه بدا الصَّلاحُ فى نَوْعِه مِن البُسْتانِ الذى هو فيه ، فجازَ بَيْعُ جمِيعِه ، كالشَّجَرَةِ الواحِدَةِ ، ولأنَّ اعْتِبارَ بُدُوِّ الصَّلاحِ فى الجميعِ يَشُقُّ ، ويُؤَدِّى إلى الاشْتِراكِ واختلافِ الأيْدِى ، فوَجَبَ أنْ يَتْبَعَ ما لم يَبْدُ صلاحُه مِن نَوْعِه لما بدا ، على ما ذَكَرْنا فيما أُبِّرَ بَعْضُه دُونَ بعضٍ . فأمَّا نَوْعٌ آخَرُ مِن ذلك الجِنْسِ ، فقال القاضى : لا يَتْبَعُه . وهو أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشَّافِعِىِّ . وقال محمد بن الحسنِ : ما كان مُتَقارِبَ الإدراكِ ، فبُدُوُّ / صَلاحِ بَعْضِه يجوزُ به بَيْعُ جميعِه ، وإنْ كان يَتَأَخَّرُ إدراكُ   ١٩٨/٤ ظ

---

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٤٨ .

(٣) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١٠٥/٦ ، ١٠٦ .

(٤ – ٤) فى الأصل : « بيعها جميعا » .

البعضِ تأْخِيرًا كثِيرًا ، فالبَيْعُ جائِزٌ فيما أدْرَكَ ، ولا يَجُوزُ فى الباقِى . وقال أبو الخَطَّابِ : يجوزُ بَيْعُ ما فى البُسْتانِ مِن ذلك الجِنْسِ . وهو الوَجْهُ الثّانِى لأصحابِ الشّافِعِىّ ؛ لأنّ الجِنْسَ الواحِدَ يُضَمُّ بَعْضُه إلى بَعْضٍ فى إكمالِ النِّصابِ فى الزَّكاةِ ، فيَتْبَعُه فى جوازِ البَيْعِ ، كالنَّوْعِ الواحِدِ . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّ النَّوْعَيْنِ قد يَتَباعَدُ إدراكُهما ، فلم يَتْبَعْ أحَدُهما الآخَرَ فى بُدُوِّ الصَّلاحِ ، كالجِنْسَيْنِ . ويُخالِفُ الزَّكاةَ ؛ فإنّ القَصْدَ هو الغِنَى مِن جِنْسِ ذلك المالِ ، لِتقارُبِ مَنْفَعَتِه ، وقِيامِ كُلِّ نَوْعٍ مَقامَ النَّوْعِ الآخَرِ فى المَقْصُودِ . والمَعْنَى هٰهُنا ؛ هو تَقارُبُ إدراكِ أحَدِهما مِن الآخَرِ ، ودَفْعُ الضَّرَرِ الحاصِلِ بالاشْتِراكِ ، واخْتِلافِ الأيْدِى ، ولا يَحْصُلُ ذلك فى النَّوْعَيْنِ ، فصارَ فى هذا كالجِنْسَيْنِ[٥] .

فصل : فأمَّا النَّوْعُ الواحِدُ من بُسْتانَيْنِ ، فلا يَتْبَعُ أحَدُهما الآخَرَ فى جوازِ البَيْعِ حتى يَبْدُوَ الصَّلاحُ فى أحَدِهما ، مُتَجاوِرَيْنِ كانا أو مُتَباعِدَيْنِ ، وهذا مَذْهَبُ الشّافِعِىّ . وحُكِىَ عن أحمدَ رِوايَةٌ أُخْرَى ؛ أنّ بُدُوَّ الصَّلاحِ فى شَجَرَةٍ مِن القَراحِ[٦] صلاحٌ له ، ولما قارَبَه . وبهذا قال مالِكٌ ؛ لأنَّهما يَتَقارَبانِ[٧] فى الصَّلاحِ ، فأشْبَها القَراحَ الواحِدَ . ولأنَّ المَقْصُودَ الأمْنُ مِن العاهَةِ ، وقد وُجِدَ . والمَذْهَبُ الأوَّلُ ؛ لأنَّه إنَّما جَعَلَ ما لم يَبْدُ صلاحُه بمَنْزِلَة ما بدا ، وتابِعًا له ، دَفْعًا لضَرَرِ الاشْتِراكِ ، واخْتِلافِ الأيْدِى ، وإلَّا فالأصلُ اعْتِبارُ كُلِّ شَىْءٍ بِنَفْسِه . وما فى قَراحٍ آخَرَ لا يُوجَدُ فيه هذا الضَّرَرُ ، فوَجَبَ أنْ لا يَتْبَعَ الآخَرَ ، كما لو تَباعَدا . وما ذَكَرُوه يَنْتَقِضُ بما لم يُجاوِرْه مِن ذلك النَّوْعِ . ولو بدا صَلاحُ بعضِ النَّوْعِ الواحِدِ ، فأفْرَدَ بالبَيْعِ ما لم يَبْدُ صَلاحُه مِن بَقِيَّةِ النَّوْعِ مِن ذلك البُسْتانِ ، لم يَجُزْ ؛ لِدُخُولِه تحتَ عُمُومِ النَّهْىِ . ويُقَدَّرُ قِياسهُ على الصُّورَةِ المَخْصُوصَةِ مِن العُمُومِ ،

---

(٥) فى م : « كالجنس » .

(٦) القَراح مِن الأَرَضِين : كل قطعة على حِيالِها من منابت النخل وغير ذلك . لسان العرب (ق ر ح) .

(٧) فى الأصل : « يتفاوتان » .

وهى ما إذا باعَه مع ما بدا صَلاحُه ؛ لأنَّه دَخَلَ فى جوازِ البَيْعِ تَبَعًا ، دَفْعًا لِمَضَرَّةِ الاشْتِراكِ ، واخْتِلافِ الأيْدِى . ولا يُوجَدُ ذلك هٰهُنا ، ولأنَّه قد يَدْخُلُ فى البَيْعِ تَبَعًا ما يجوزُ إفرادُه ، / كالثَّمَرَةِ تُباعُ مع الأصلِ ، والزَّرْعِ مع الأرْضِ ، واللَّبَنِ فى الضَّرْعِ مع الشّاةِ . ويَحْتَمِلُ الجَوازَ ؛ لأنَّ الكُلَّ فى حُكْمِ ما بدا صَلاحُه ، ولأنَّه يجوزُ بَيْعُه مع غيرِه ، (٨فجازَ بَيْعُه٨) مُفْرَدًا ، كالذى بدا صَلاحُه .

١٩٩/٤ و

فصل : وإذا احتاجَتِ الثَّمَرَةُ إلى سَقْيٍ لَزِمَ البائِعَ ذلك ، لأنَّه يَجِبُ عليه تَسْلِيمُ الثَّمَرَةِ كامِلَةً ، وذلك يَكُونُ بالسَّقْيِ . فإنْ قِيلَ : فلِمَ قُلْتُمْ إنَّه إذا باعَ الأصلَ ، وعليه ثَمَرَةٌ للبائِعِ ، لا يَلْزَمُ المُشْتَرِىَ سَقْيُها ؟ قُلْنا : لأنَّ المُشْتَرِىَ لا يَجِبُ عليه تَسْلِيمُ الثَّمَرَةِ ؛ لأنَّه لم يَمْلِكْها مِن جِهَتِه ، وإنَّما بَقِىَ مِلْكُه عليها ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنا ، فإنِ امْتَنَعَ البائِعُ مِن السَّقْيِ ، لِضَرَرٍ يَلْحَقُ بالأصلِ ، أُجبِرَ عليه ؛ لأنَّه دَخَلَ على ذلك .

فصل : ويجوزُ لِمُشْتَرِى الثَّمَرَةِ بَيْعُها فى شَجَرِها . رُوِىَ ذلك[٩] عن الزُّبَيْرِ بن العَوّامِ ، وزَيْدِ بن ثابتٍ ، والحسن بن أبى الحسنِ البَصْرِىِّ ، وأبى حنيفةَ ، والشّافِعِىِّ ، وابنِ المُنْذِرِ . وكَرِهَه ابنُ عَبّاسٍ ، وعِكْرِمَةُ ، وأبو سَلَمَةَ ؛ لأنَّه بَيْعٌ له قبلَ قَبْضِه ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان على وَجْهِ الأرْضِ ، فلم يَقْبِضْه . ولَنا ، أنَّه يجوزُ له التَّصَرُّفُ فيه ، فجازَ له بَيْعُه ، كما لو جَزَّهُ . وقولُهم : لم يَقْبِضْه . لا يَصِحُّ ، فإنَّ قَبْضَ كُلِّ شَىْءٍ بحَسَبِه ، وهذا قَبْضُه التَّخْلِيَةُ ، وقد وُجِدَتْ .

٧٢٥ – مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَتْ ثَمَرَةَ نَخْلٍ ، فَبُدُوُّ صَلَاحِهَا أَنْ تَظْهَرَ فِيهَا الْحُمرَةُ أَوِ الصُّفْرَةُ . وَإِنْ كَانَتْ ثَمَرَةَ كَرْمٍ فَصَلَاحُهَا أَنْ تَتَمَوَّهَ ، وَصَلَاحُ مَا سِوَى النَّخْلِ وَالْكَرْمِ أَنْ يَبْدُوَ فِيهِ[١] النُّضْجُ)

وجُمْلَةُ ذلك ، أنّ ما كان من الثَّمَرَةِ يَتَغَيَّرُ لَوْنُه عندَ صلاحِه ، كثَمَرَةِ النَّخْلِ ،

(٨ – ٨) سقط من : الأصل .

(٩) سقط من : الأصل .

(١) فى م : « فيها » .

والعِنَبِ الأَسْوَدِ ، والإِجَاصِ ، فَبُدُوُّ صلاحِه بذلك . وإنْ كان العِنَبُ أَبْيَضَ ، فصلاحُه بِتَمَوُّهِه ؛ وهو أنْ يَبْدُوَ فيه الماءُ الحُلْوُ ، ويَلِينَ ، ويَصْفَرَّ[2] لَوْنُه . وإنْ كان ممّا لا يَتَلَوَّنُ ، كالتُّفّاحِ ونَحْوِه ، فبِأَنْ يَحْلُوَ ، أو يَطِيبَ . وإنْ كان بِطِّيخًا ، أو نحوَه ، فبأَنْ يَبْدُوَ فيه النُّضْجُ . وإنْ كان ممّا لا يَتَغَيَّرُ لَوْنُه ، ويُؤْكَلُ طَيِّبًا ، صِغارًا وكِبارًا ، كالقِثّاءِ والخِيارِ ، فصَلاحُه بُلُوغُه أنْ يُؤْكَلَ عادَةً . وقال القاضى ، وأَصْحابُ الشّافِعِىِّ : بُلُوغُه أنْ يَتَناهَى عِظَمُهُ . وما قُلْناه أَشْبَهُ بصلاحِه / ممّا قالُوه ؛ ١٩٩/٤ ظ
فإنَّ بُدُوَّ صلاحِ الشَّىْءِ ابْتِداؤُه ، وتَناهِى عِظَمِه آخِرُ صلاحِه . ولأنّ بُدُوَّ الصَّلاحِ فى الثَّمَرِ يَسْبِقُ حالَ الجِزازِ ، فلا يجوزُ أنْ يُجْعَلَ بُدُوُّ الصَّلاحِ فيما يُقاسُ عليه بِسَبْقِه قَطْعَه عادَةً ؛ إلَّا أنْ يُرِيدُوا بِتَناهِى عِظَمِه انْتِهاءَه إلى الحالِ التى جَرَتِ العادَةُ بأَخْذِه فيها ، فيكُونُ كما ذَكَرْنا . وما قُلْنا فى هذا الفَصْلِ فهو قَوْلُ مالِكٍ ، والشّافِعِىِّ ، وكثيرٍ مِن أهلِ العلمِ ، أو مُقارِبٌ له . وقال عَطاءٌ : لا يُباعُ حتى يُؤْكَلَ مِن الثَّمْرِ قَلِيلٌ ، أو كَثِيرٌ . ورُوِىَ نحوُه عن ابن عُمَرَ ، وابن عَبّاسٍ . ولعلَّهم أرادوا صلاحَه للأَكْلِ ، فيَرْجِعُ مَعْناه إلى ما قُلْنا ؛ فإنَّ ابنَ عَبّاسٍ قال : نَهَى رسولُ اللهِ ﷺ عن بَيْعِ النَّخْلِ حتى يَأْكُلَ منه ، أو يُؤْكَلَ . مُتَّفَقٌ عليه[3] . وإنْ أرادوا حَقِيقَةَ الأَكْلِ كان ما ذَكَرْنا أَوْلَى ؛ لأنَّ ما رَوَوْه يَحْتَمِلُ صلاحَه للأَكلِ ، فيُحْمَلُ على ذلك ، مُوافَقَةً لأَكثرِ الأَخْبارِ ، وهو ما رُوِىَ عن النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه نَهَى عن بَيْعِ الثَّمَرَةِ[4] حتى تَطِيبَ . مُتَّفَقٌ عليه[5] . ونَهَى أنْ تُباعَ الثَّمَرَةُ حتى تَزْهُوَ . قيل : وما تَزْهُو ؟ قال :

---

(٢) فى الأصل : « يصفو » .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب السلم إلى من ليس عنده أصل ، وباب السلم فى النخل ، من كتاب السلم . صحيح البخارى ١١٢/٣ ، ١١٣ . ومسلم ، فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٧/٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣٤١/١ .

(٤) فى الأصل : « الثمر » .

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٩٩/٣ . ومسلم ، فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ، وباب النهى =

« تَحْمارُ أَوْ تَصْفارُ » . رواه البُخارِيُّ[٦] . ونَهَى عن بَيْعِ العِنَبِ حتى يَسْوَدَّ . رواه التِّرمِذِىُّ ، وابنُ ماجَه[٧] . والأحادِيثُ فى هذا كَثِيرَةٌ ، كُلُّها تَدُلُّ على هذا المعنى .

٧٢٦ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْقِثَّاءِ ، وَالْخِيَارِ ، وَالْبَاذِنْجَانِ ، وَمَا أَشْبَهَهُ ، إِلَّا لَقَطَةً لَقَطَةً[١])

وجُمْلَةُ ذلك ؛ أنَّه إذا باعَ ثَمَرَةَ شَىْءٍ مِن هذه البُقُولِ لم يَجُزْ إلَّا بَيْعُ المَوْجُودِ منها ، دُونَ المَعْدُومِ . وبهذا قال أبو حنيفَةَ ، والشَّافِعِىُّ . وقال مالِكٌ : يَجُوزُ بَيْعُ الجميعِ ؛ لأنَّ ذلك يَشُقُّ تَمْيِيزُه ، فجُعِلَ ما لم يَظْهَرْ تَبَعًا لما ظَهَرَ ، كما أنَّ ما لم يَبْدُ صلاحُه تَبَعٌ لما بدا . ولنا ، أنَّها ثَمَرَةٌ لم تُخْلَقْ ، فلم يَجُزْ بَيْعُها ، كما لو باعَها قبلَ ظُهُورِ شىءٍ منها ، والحاجَةُ تَنْدَفِعُ بِبَيْعِ أُصُولِه ، ولأنَّ ما لم يَبْدُ صلاحُه يجوزُ إفرادُه بالبَيْعِ ، بخِلافِ ما لم يُخْلَقْ . ولأنَّ ما لم يُخْلَقْ مِن ثَمَرَةِ النَّخْلِ لا يجوزُ بَيْعُه تَبَعًا لما خُلِقَ ، وإنْ كان ما لم يَبْدُ صَلاحُه تَبَعًا لما بدا . إذا تَقَرَّرَ هذا ، فإنْ باعَها قبلَ بُدُوِّ صلاحِهَا ، لم يَجُزْ إلَّا بِشَرْطِ / القَطْعِ ، فإنْ كان بَعْدَ بُدُوِّ صَلاحِها[٢] جازَ مُطْلَقًا ، وبِشَرْطِ القَطْعِ ، والتَّبْقِيَةِ ، على ما ذَكَرْنا فى ثَمَرَةِ الأشجارِ . وقد بَيَّنَّا بماذا يكونُ بُدُوُّ صلاحِه . (٤/٢٠٠ و)

فصل : قال القاضِى : ويَصِحُّ بَيْعُ أُصُولِ هذه البُقُولِ التى تَتَكَرَّرُ ثَمَرَتُها مِن غير شَرْطِ القَطْعِ . وهو مَذْهَبُ أبى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ . ولا فَرْقَ بينَ كَوْنِ الأُصُولِ صِغارًا أو كِبارًا ، مُثْمِرَةً أو غيرَ مُثْمِرَةٍ ؛ لأنَّه أصلٌ تَتَكَرَّرُ[٣] فيه الثَّمَرَةُ ، فأشْبَهَ

= عن المحاقلة والمزابنة ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٦٧ ، ١١٧٦ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٣١٢ ، ٣٢٣ ، ٣٩٥ .

(٦) فى : باب بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/١٠١ .

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥١ .

(١) لقطة لقطة : أى دورا من النضج إثر دور .

(٢) فى الأصل : « صلاحه » .

(٣) فى م : « تكرر » .

الشَّجَرَ . فإنْ باعَ المُثْمِرَ منه ، فثَمَرَتُه الظَّاهِرَةُ للبائِعِ ، مَتْرُوكَةٌ إلى حِينِ بُلُوغِها ، إلَّا أنْ يَشْتَرِطَها المُبْتاعُ . فإنْ حَدَثَتْ ثَمَرَةٌ أُخْرَى فهى لِلْمُشْتَرِى . فإنِ اخْتَلَطَتْ بثَمَرَةِ البائِعِ ، ولم تَتَمَيَّزْ[4] ، كان الحُكْمُ فيها كثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ إذا اخْتَلَطَت بثَمَرَةٍ أُخْرَى ، على ما مَرَّ حُكْمُه .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ ما المَقْصُودُ منه مَسْتُورٌ فى الأرضِ ، كالجَزَرِ ، والفُجْلِ ، والبَصَلِ ، والثُّومِ حتى يُقْلَعَ ، ويُشاهَدَ . وهذا قولُ الشَّافِعِىِّ ، وابن المُنْذِرِ ، وأصحابِ الرَّأْىِ . وأباحَهُ مالِكٌ ، والأوزاعِىُّ ، وإسحاقُ ؛ لأنّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إليه ، فأشْبَهَ بَيْعَ ما لم يَبْدُ صلاحُه تَبَعًا لما بدا . ولَنا ، أنَّه مَبِيعٌ مَجْهُولٌ ، لم يَرَه ، ولم يُوصَفْ له ، فأشْبَهَ بَيْعَ الحَمْلِ . ولأنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الغَرَرِ . رواه مُسْلِمٌ[5] . وهذا غَرَرٌ . وأمَّا بَيْعُ ما لم يَبْدُ صلاحُه ، فإنَّما جازَ بَيْعُه لأنَّ الظاهِرَ أنَّه يَتَلاحَقُ فى الصَّلاحِ ، ويَتْبَعُ بَعضُه بعضًا . فإنْ كان ممَّا تُقْصَدُ فُرُوعُه وأُصُولُه ، كالبَصَلِ المَبِيعِ أخْضَرَ ، والكُرَّاثِ ، والفُجْلِ ، أو كان المَقْصُودُ فُرُوعَه ، فالأَوْلَى جوازُ بَيْعِه ؛ لأنَّ المَقْصُودَ منه ظاهِرٌ ، فأشْبَهَ الشَّجَرَ ، والحِيطانَ التى لها أساساتٌ مَدْفُونَةٌ . ويَدْخُلُ ما لم يَظْهَرْ فى البَيْعِ تَبَعًا ، فلا تَضُرُّ جهالَتُه ، كالحَمْلِ فى البَطْنِ ، واللَّبَنِ فى الضَّرْعِ مع[6] الحَيَوانِ ، وإنْ كان مُعْظَمُ المَقْصُودِ منه أُصُولَه ، لم يَجُزْ بَيْعُه فى الأرضِ ؛ لأنّ الحُكْمَ للأغْلَبِ . فإنْ تساويا لم يَجُزْ ؛ لأنَّ الأصلَ اعْتِبارُ الشَّرْطِ فى الجميعِ ، وإنَّما سَقَطَ اعْتِبارُه فيما كان مُعْظَمُ المَقْصُودِ منه ظاهِرًا تَبَعًا ، ففيما عَداهُ يَبْقَى على الأصلِ .

٤/٢٠٠ ظ / **فصل** : ويَجُوزُ بَيْعُ الجَوْزِ واللَّوْزِ والبَاقِلَّا الأخْضَرِ فى قِشْرَتِه مَقْطُوعًا ، وفى شَجَرِه ، وبَيْعُ[6] الحَبِّ المُشْتَدِّ فى سُنْبُلِه ، وبَيْعُ[6] الطَّلْعِ قبلَ تَشَقُّقِه ، مَقْطُوعًا

---

(٤) فى الأصل : « تتميزا » .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٣١ .

(٦) فى الأصل : « ومع » .

على وَجْهِ الأرضِ ، وفى شَجَرِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ . وقال الشَّافِعِىُّ : لا يجوزُ ، حتى يُنْزَعَ عنه قِشْرُه الأعْلَى ، إلَّا فى الطَّلْعِ والسُّنْبُلِ . فى أحَدِ القَوْلَيْنِ . واحْتَجَّ بأنَّه مَسْتُورٌ بما لا يُدَّخَرُ عليه ، ولا مَصْلَحَةَ فيه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كتُرابِ الصَّاغَةِ والمَعادِنِ ، وبَيْعِ الحَيَوانِ المَذْبُوحِ فى سَلْخِه . ولَنا ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الثِّمارِ حتى يَبْدُوَ صلاحُها[7] ، وعن بَيْعِ السُّنْبُلِ حتى يَبْيَضَّ ، ويَأْمَنَ العاهَةَ[8] . فمَفْهُومُه إباحَةُ بَيْعِه[9] إذا بدا صَلاحُه[10] وابْيَضَّ سُنْبُلُه ، ولأنَّه مَسْتُورٌ بحائِلٍ مِن أصْلِ خِلْقَتِه[11] ، فجازَ بَيْعُه كالرُّمَّانِ ، والبَيْضِ ، والقِشْرِ الأسْفَلِ . ولا يَصِحُّ قَوْلُهُم : ليس مِن مَصْلَحَتِه . فإنَّه لا قِوامَ له فى شَجَرِهِ إلَّا به ، والباقِلَّا يُؤْكَلُ رَطْبًا ، وقِشْرُه يَحْفَظُ رُطُوبَتَه . ولأنَّ الباقِلَّا يُباعُ فى أسواقِ المُسْلِمِينَ مِن غيرِ نَكِيرٍ ، فكان ذلك إجماعًا . وكذلك الجَوْزُ ، واللَّوْزُ فى شَجَرِهما . والحَيَوانُ المَذْبُوحُ يَجُوزُ بَيْعُه[12] فى سَلْخِه ، فإنَّه إذا جازَ بَيْعُه قَبْلَ ذَبْحِه ، وهو يُرادُ للذَّبْحِ ، فكذلك إذا ذُبِحَ . كما أنَّ الرُّمَّانَةَ إذا جازَ بَيْعُها قبلَ كَسْرِها ، فكذلك إذا كُسِرَتْ . وأمَّا تُرابُ الصَّاغَةِ والمَعْدِنِ ، فلَنا فيهما مَنْعٌ ، وإنْ سُلِّمَ ، فليس ذلك من أصلِ الخِلْقَةِ فى تُرابِ الصَّاغَةِ ، ولا بَقاؤُه فيه مِن مَصْلَحَتِه ، بخلافِ مَسْأَلَتِنا .

٧٢٧ ـ مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ الرَّطْبَةُ كُلَّ جَزَّةٍ)

وجُمْلَةُ ذلك ؛ أنَّ الرَّطْبَةَ وما أشْبَهَها ، ممَّا تَثْبُتُ أُصُولُه فى الأرض ، ويُؤْخَذُ ما ظَهَرَ منه بالقَطْعِ ، دَفْعَةً بعدَ دَفْعَةٍ ، كالنَّعْناعِ ، والهِنْدِبا ، وشِبْهِهما ، لا يجوزُ

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ١٤٨ .
(٨) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥١ .
(٩) فى الأصل : « بيعها » .
(١٠) فى الأصل : « صلاحها » .
(١١) فى الأصل : « الخلقة » .
(١٢) سقط من : م .

بَيْعُه إلَّا أنْ يَبِيعَ الظَّاهِرَ منه ، بِشَرْطِ القَطْعِ فى الحالِ . وبذلك قال الشّافِعِىُّ . وَرُوِىَ ذلك عن الحَسَنِ وعَطاءٍ . ورَخَّصَ مالِكٌ فى أنْ يَشْتَرِىَ جَزَّتَيْنِ ، وثلاثًا . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ ما فى الأرضِ منه مَسْتُورٌ ، وما / يَحْدُثُ منه مَعْدُومٌ ، فلا يجوزُ بَيْعُه ، كما لا يجوزُ بَيْعُ ما يَحْدُثُ مِن الثَّمَرةِ . فإذا ثَبَتَ هذا ، فمتى اشْتَراها قَبْلُ[1] ، لم يَجُزْ له إبقاؤُها ؛ لأنَّ ما لم يَظْهَرْ منها أعيانٌ لم يَتَناوَلْها البَيْعُ ، فيكونُ ذلك للبائعِ إذا ظَهَرَ ، فيُفْضِى إلى اخْتِلاطِ المَبِيعِ بغيرِه ، والثَّمَرةُ بخلافِ ذلك . فإنْ أخَّرَها حتى طَالَتْ[2] ، فالحُكْمُ فيها كالثَّمَرةِ إذا اشْتَراها قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها ، ثم تَرَكَها حتى بدا صلاحُها .

٢٠١/٤ و

فصل : وإنِ اشْتَرَى قَصِيلًا مِن شَعِيرٍ ، ونحوِه ، فقَطَعَه ، ثم عادَ فَنَبَتَ ، فهو لصاحِبِ الأرضِ ؛ لأنّ المُشْتَرِىَ تَرَكَ الأصلَ على سَبِيلِ الرَّفْضِ لها ، فسَقَطَ حَقُّه منها ، كما يَسْقُطُ حَقُّ صاحِبِ الزَّرْعِ مِن السَّنابِلِ التى يُخَلِّفُها ، ولذلك أُبِيحَ لِكُلِّ أحَدٍ[3] الْتِقاطُها . ولو سَقَطَ مِن الزَّرْعِ حَبٌّ ، ثم نَبَتَ من العامِ المُقْبِلِ ، فهو لصاحِبِ الأرضِ . نَصَّ أحمدُ على هاتَيْنِ المَسْأَلَتَيْنِ . وممَّا يُؤَكِّدُ ما قُلنا ؛ أنّ البائِعَ لو أرادَ التَّصَرُّفَ فى أرضِه ، بَعْدَ فَصْلِ الزَّرْعِ ، بما يُفْسِدُ الأُصُولَ ويَقْلَعُها ، كان له ذلك ، ولم يَمْلِكِ المُشْتَرِى مَنْعَه منه . ولو كان الباقى مُسْتَحَقًّا له ، لمَلَكَ[4] مَنْعَه منه .

٧٢٨ – مسألة ؛ قال : (وَالْحَصَادُ عَلَى الْمُشْتَرِى . فَإنْ شَرَطَهُ عَلَى الْبَائِعِ بَطَلَ الْبَيْعُ)

الكلامُ فى هذه المَسْأَلةِ فى فَصْلَيْنِ ؛

الأَوَّلُ، أنّ مَنِ اشْتَرَى زَرْعًا ، أو جَزَّةً من الرَّطْبَةِ ونَحْوِها ، أو ثَمَرةً فى أُصُولِها ،

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « طالب » .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى الأصل : « ملك » .

فإنّ حَصادَ الزَّرْعِ ، وجَذَّ الرَّطْبَةِ ، وجَزازَ الثَّمَرَةِ ، وقَطْعَهَا ، على المُشْتَرِى ؛ لأنَّ نَقْلَ المَبِيعِ ، وتَفْرِيغَ مِلْكِ البائِعِ منه على المُشْتَرِى ، كنَقْلِ الطَّعامِ المَبِيعِ من دارِ البائِعِ . ويُفارِقُ الكَيْلَ ، والوَزْنَ ، فإنَّهما على البائِعِ ؛ لأنَّهما مِن مُؤْنَةِ التَّسْلِيمِ إلى المُشْتَرِى ، والتَّسْلِيمُ على البائِعِ ، وهٰهُنا حَصَلَ التَّسْلِيمُ بالتَّخْلِيَةِ بدُونِ القَطْعِ ، بدَلِيلِ جوازِ بَيْعِها ، والتَّصرُّفِ فيها . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ . ولا أَعْلَمُ فيه مُخَالِفًا .

الفصلُ الثَّانى ، إذا شَرَطَه على البائِعِ ، فاخْتَلَفَ أصحابُنا ؛ فقال الخِرَقِىُّ : يَبْطُلُ البَيْعُ . وقال ابنُ أبى مُوسَى : / لا يجوزُ . وقيلَ : يجوزُ . فإنْ قُلْنا : لا يجوزُ . فهل يَبْطُلُ البَيْعُ لِبُطلانِ الشَّرطِ ؟ على رِوايَتَيْنِ . وقال القاضى : المذهبُ جوازُ الشَّرطِ . ذَكَرَه ابنُ حامِدٍ ، وأبو بَكْرٍ . ولم[1] أجِدْ هذا الذى ذَكَرَه الخِرَقِىُّ رِوايَةً فى المذهبِ . واخْتَلَفَ أصحابُ الشَّافِعِىِّ أيضًا ؛ فقال بعضُهم : إذا شَرَطَ الحَصادَ على البائِعِ فَسَدَ البَيْعُ ، قولًا واحِدًا . وقال بعضُهم : يَكُونُ على قَوْلَيْنِ . فمن أفْسَدَه[2] قال : لا يَصِحُّ لثلاثةِ مَعَانٍ ؛ أحَدُها ، أنَّه شَرَطَ العَمَلَ فى الزَّرْعِ قبلَ أنْ يَمْلِكَه . والثَّانى ، أنَّه شَرَطَ ما لا يَقْتَضِيه العَقْدُ . والثَّالثُ ، أنَّه شَرَطَ تأْخِيرَ التَّسْلِيمِ ؛ لأنَّ معنى ذلك تَسْلِيمُه مَقْطُوعًا . ومَن أجازَه قال : هذا بَيْعٌ ، وإجارَةٌ ؛ لأنَّه باعَهُ الزَّرْعَ ، وآجَرَه نَفْسَه على حصادِه ، وكُلُّ واحِدٍ مِنهما يَصِحُّ إفرادُه بالعَقْدِ ، فإذا جَمَعَهُما جازَ ، كالعَيْنَيْنِ . وقولُهم : شَرَطَ العَمَلَ فيما لا يَمْلِكُه . يَبْطُلُ بِشَرْطِ رَهْنِ المَبِيعِ على الثَّمَنِ فى البَيْعِ . والثَّانى ، يَبْطُلُ بِشَرْطِ الرَّهْنِ ، والكَفِيلِ ، والخِيارِ . والثَّالثُ ، ليس بتَأْخِيرٍ ؛ لأنَّه يُمْكِنُه تَسْلِيمُه قائِمًا ، ولأنَّ الشَّرطَ مِن المُتَسَلِّمِ ، فليس ذلك بتَأْخِيرِ التَّسْلِيمِ . فإذا فَسَدَتْ هذه المعانى صَحَّ ؛ لما ذَكَرْناه . فإنْ قيل : فالبَيْعُ يُخالِفُ حُكْمُه حُكْمَ الإجارَةِ ؛ لأنَّ الضَّمانَ يَنْتَقِلُ فى البَيْعِ بِتَسْلِيمِ العَيْنِ ، بخِلافِ الإجارَةِ ، فكَيْفَ يَصِحُّ الجَمْعُ بينَهما ؟ قُلنا : كما يَصِحُّ بَيْعُ الشِّقْصِ ، والسَّيْفِ ،

٢٠١/٤ ظ

---

(١) فى الأصل : « قال : ولم » .

(٢) فى م : « أفسد » .

وحُكْمُهما مُخْتَلِفٌ ؛ فإنّ الشُّفْعَةَ تَثْبُتُ فى الشِّقْصِ دُونَ السَّيْفِ ، ويجوزُ الجَمْعُ بينهما . وقولُ الخِرَقِىّ : إنَّ العَقْدَ هٰهُنا يَبْطُلُ . يَحْتَمِلُ أنْ يَخْتَصَّ بهذه المَسْأَلَةِ وشِبْهِها ، ممَّا يُفْضِى الشَّرْطُ فيه إلى التَّنازُعِ ، فإنَّ البائِعَ رُبَّما أرادَ قَطْعَها مِن أعلاها ، لِيَبْقَى له منها بَقِيَّةٌ ، والمُشْتَرِى يُرِيدُ الاسْتِقْصاءَ عليها ، لِيَزِيدَ له ما يأْخُذُه ، فيُفْضِى إلى التَّنازُعِ ، وهو مَفْسَدَةٌ ، فيَبْطُلُ البَيْعُ مِن أجْلِه . ويَحْتَمِلُ أنْ يُقاسَ عليه ما أشْبَهَه ، مِن اشْتِراطِ مَنْفَعَةِ البائِعِ فى المَبِيعِ ؛ لما ذَكَرْنا فى صَدْرِ المَسْأَلَةِ . والأوَّلُ أوْلَى لِوَجْهَيْنِ ؛ أحَدُهما ، أنّه قال فى مَوْضِعٍ آخَرَ : ولا يَبْطُلُ البَيْعُ بِشَرْطٍ واحِدٍ . والثَّانى ، أنّ المذهبَ ، أنّه يَصِحُّ / اشْتِراطُ مَنْفَعَةِ البائِعِ فى المَبِيعِ ، مِثْلُ أنْ يَشْتَرِىَ ثَوْبًا ، ويَشْتَرِطَ[3] على بائِعِه خِياطَتَه قَمِيصًا ، أو فِلْعَةً[4] ، ويَشْتَرِطَ حَذْوَها نَعْلًا ، أو جُرْزَةَ[5] حَطَبٍ ، ويَشْتَرِطَ حَمْلَها إلى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوايَةِ مُهَنَّا ، وغيرِه . حتى قال القاضِى : لم أجِدْ بما قال الخِرَقِىُّ رِوايَةً فى أنّه لا يَصِحُّ . واحْتَجَّ أحمدُ بأنّ محمّدَ بن مَسْلَمَةَ[6] اشْتَرَى مِن نَبَطِىٍّ جُرْزَةَ حَطَبٍ ، وشارَطَه على حَمْلِها . وبه قال إسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . وقال أبو حنيفةَ : يجوزُ أنْ يَشْتَرِىَ فِلْعَةً ، ويَشْتَرِطَ على البائِعِ تَشْرِيكَها[7] . وحُكِىَ عن ابنِ أبى ثَوْرٍ ، والثَّوْرِىِّ أنّهما أبْطَلَا العَقْدَ بهذا الشَّرْطِ ؛ لأنّه شَرْطٌ فاسِدٌ ، فأشْبَهَ سائِرَ الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ ، ورُوِىَ عن النَّبىِّ ﷺ أنّه نَهَى عن بَيْعٍ ، وشَرْطٍ[8] . ولَنا ، ما تَقَدَّمَ ، ولم يَصِحَّ أنَّ النَّبىَّ ﷺ

٢٠٢/٤ و

---

(٣) فى الأصل : « ويشرط » .

(٤) الفِلْعَة : القطعة مِن السَّنام . لسان العرب (ف ل ع) .

(٥) الجُرْزة : الحُزْمة من القَتِّ ونحوه . لسان العرب (ج ر ز) .

(٦) محمد بن مَسْلَمَة بن سلمة الأنصارى ، أبو عبد الله . كان من أفضل الصحابة ، وهو أحد الثلاثة الذين قتلوا كعب بن الأشرف ، واستخلفه النبى ﷺ فى بعض غزواته على المدينة ، توفى سنة اثنتين وأربعين . أسد الغابة ١١٢/٥ ، الإصابة ٣٣/٦ .

(٧) أشْرَك النعلَ وشَرَّكَها : جعل لها شِراكًا . والتَّشْرِيك مثله . والشِّراك : سَيْر النعل . لسان العرب (ش ر ك) .

(٨) انظر : معالم السنن ١٤٦/٣ ، فى : باب شرط وبيع ، من كتاب البيوع . والتلخيص الحبير ١٢/٣ ، =

نَهَى عن بَيْعٍ ، وشَرْطٍ . إنَّما الصَّحِيحُ أنَّ النَّبىَّ ﷺ نَهَى عن شَرْطَيْنِ فى بَيْعٍ . كذا ذَكَرَه التِّرمِذِىُّ[9] . وهذا دالٌّ بِمَفْهُومِه على جوازِ الشَّرْطِ الواحِدِ . قال أحمدُ : إنَّما النَّهْىُ عن شَرْطَيْنِ فى بَيْعٍ ، أمَّا الشَّرْطُ الواحِدُ فلا بَأْسَ به .

فصل : ولا بُدَّ مِن كَوْنِ المَنْفَعَةِ مَعْلُومَةً لهما ، لِيَصِحَّ اشْتِراطُها ، لأنَّنا نَزَّلْنَا ذلك مَنْزِلَةَ الإِجارَةِ . فلو اشْتَرَطَ حَمْلَ الحَطَبِ إلى مَنْزِلِه ، والبائِعُ لا يَعْرِفُ مَنْزِلَه ، لم يَصِحَّ . ولو اشْتَرَطَ حَذْوَها نَعْلًا ، فلا بُدَّ مِن مَعْرِفَةِ صِفَتِها ، كما لو اسْتَأْجَرَه على ذلك ابْتِداءً . قال أحمدُ ، فى الرَّجُلِ يَشْتَرِى النَّعْلَ ، على أنْ يَحْذُوَها : جائِزٌ إذا أرادَ[10] الشِّراكَ . وإنْ تَعَذَّرَ العَمَلُ بِتَلَفِ المَبِيعِ قبلَه ، أو بِمَوْتِ البائِعِ انْفَسَخَتِ الإِجارَةُ ، ورَجَعَ المُشْتَرِى عليه بِعِوَضِ ذلك . وإنْ تَعَذَّرَ بمَرَضٍ أُقِيمَ مُقَامَه مَن يَعْمَلُ العَمَلَ ، والأُجْرَةُ عليه ، كَقَوْلِنا فى الإِجارَةِ .

فصل : ويَصِحُّ أنْ يَشْتَرِطَ البائِعُ نَفْعَ المَبِيعِ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، مِثْلُ أنْ يَبِيعَ دارًا ، ويَسْتَثْنِىَ سُكْنَاها شَهْرًا ، أو جَمَلًا ، ويَشْتَرِطَ ظَهْرَه إلى مكانٍ مَعْلُومٍ ، أو عَبْدًا ، ويَسْتَثْنِىَ خِدْمَتَه سَنَةً . نَصَّ على هذا أحمدُ . وهو قولُ الأَوْزاعِىِّ ، وإسْحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ ، / وقال الشَّافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ : لا يَصِحُّ الشَّرْطُ ؛ لِنَهْىِ النَّبِىِّ ﷺ عن بَيْعٍ وشَرْطٍ ، ولأنَّه يُنافِى مُقْتَضَى البَيْعِ ، فأشْبَه ما لو شَرَطَ أن

٢٠٢/٤ ظ

= فى : باب البيوع المنهى عنها ، من كتاب البيوع ١/٣٩٨ ، ونصب الراية ١٧/٤ ، فى : باب البيع الفاسد ، من كتاب البيوع . والمطالب العالية فى : باب ما نهى عنه من البيوع ، من كتاب البيوع .

(٩) فى : باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٤٣/٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥٤/٢ . والنسائى ، فى : باب سلف وبيع وهو أن يبيع السلعة على أن يسلفه سلفا ، وباب شرطان فى بيع ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٩/٧ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن شرطين فى بيع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٥٣/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٧٩/٢ .

(١٠) فى الأصل : « أراه » .

لا يُسلِّمَه ، وذلك ؛ لأنَّه شَرطَ تأْخِيرَ تَسْلِيمِ المَبيعِ إلى أن يَستَوْفِيَ البائعُ مَنْفَعَتَهُ ، ولأنَّ مُقْتَضَى البَيْعِ مِلْكُ المَبيعِ ومَنافِعِه ، وهذا شَرْطٌ يُنافِيهِ ، وقال ابنُ عَقِيلٍ : فيه رِوايَةٌ ثانيةٌ ، أنه يَبْطُلُ البَيْعُ والشَّرطُ ، نَقَلَها عبدُ الله بن محمدٍ الفَقِيهُ[11] ، فى الرَّجُلِ يَشْتَرِى من الرَّجُلِ جارِيَةً ، ويَشْتَرِطُ أن تَخْدِمَهُ ، فالبَيْعُ باطِلٌ . وهذه الرِّوايَةُ لا[12] تَدُلُّ على مَحَلِّ النِّزاعِ فى هذه المَسْأَلَةِ ، فإنَّ اشْتِراطَ خِدْمَةِ الجَارِيَةِ بَاطِلٌ لوَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ، أنَّها مَجْهُولَةٌ ، وإطْلاقُها يَقْتَضِى خِدْمَتَها أبدًا ، وهذا لا خِلافَ فى بُطْلانِه ، إنَّما الخِلافُ فى اشْتِراطِ مَنْفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ . الثانى ، أنَّه[13] يَشْتَرِطُ خِدْمَتَها بعد زَوالِ مِلْكِه عنها ، فيُفْضِى إلى الخَلْوَةِ بها ، والخَطَرِ بِرُؤْيَتِها ، وصُحْبَتِها ، ولا يُوجَدُ هذا فى غيرِها ، ولذلك مُنِعَ إعارَةُ الجارِيَةِ الشَّابَّةِ لغيرِ مَحْرَمِها . وقال مالِكٌ : إذا اشْتَرطَ رُكُوبًا إلى مَكانٍ قَرِيبٍ ، جازَ ، وإن كان إلى مكانٍ بَعِيدٍ كُرِهَ ؛ لأنَّ اليَسِيرَ[14] تَدْخُلُه المسامَحَةُ . ولنا ، ما رَوَى جابِرٌ : أنَّه باعَ النَّبِىَّ ﷺ جَمَلًا ، واشْتَرطَ ظَهْرَهُ إلى المَدِينَةِ . وفى لَفْظٍ قال : فبِعْتُه بأُوقِيَّةٍ ، واسْتَثْنَيْتُ حُمْلانَهُ إلى أهْلِى . مُتَّفَقٌ عليه[15] . وفى لفظٍ قال : فَبِعْتُه منه بِخَمْسِ أواقٍ ، قال : قلتُ : على أنَّ لى ظَهْرَهُ إلى المَدِينَةِ . قال : « ولك ظَهْرُه إلى المَدِينَةِ » . ورواهُ مُسْلِمٌ[16] . ولأنَّ

---

(11) لعله عبد الله بن محمد بن عبد العزيز بن المرزبان ، ابن بنت أحمد بن منيع ، روى عن الإمام أحمد ، وصنف المعجمين الكبير والصغير ، توفى سنة سبع عشرة وثلاثمائة . طبقات الحنابلة ١/١٩٠ – ١٩٢ .

(12) سقط من : الأصل .

(13) فى م : « أن » .

(14) فى م : « اليسيرة » .

(15) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز ، من كتاب الشروط . صحيح البخارى ٣/٢٤٨ . ومسلم ، فى : باب بيع البعير واستثناء ركوبه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١٢٢١ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب البيع يكون فيه الشرط فيصح البيع والشرط ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٦١ – ٢٦٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٢٩٩ .

(16) فى : باب بيع البعير واستثناء ركوبه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١٢٢٣ .

النَّبِىَّ ﷺ : نَهَى عن الثُّنيا إلَّا أن تُعْلَمَ[١٧] . وهذه مَعْلُومَةٌ ، ولأنَّ المَنْفَعَةَ قد تَقَعُ مُسْتَثْناةً بالشَّرْعِ على المُشْتَرِى فيما إذا اشْتَرَى نَخْلَةً مُؤَبَّرَةً ، أو أرْضًا مَزْرُوعَةً ، أو دارًا مُؤْجَرَةً ، أو أمَةً مُزَوَّجَةً ، فجازَ أن يَسْتَثْنِيَها ، كما لو اشْتَرطَ البائِعُ الثَّمَرَةَ قبل التَّأْبِيرِ ، ولم يَصِحَّ نَهْىُ النَّبِىِّ ﷺ عن بَيْعٍ وَشَرْطٍ[١٨] . وإنَّما نَهَى عن شَرْطَيْنِ فى بَيْعٍ[١٨] ، فمَفْهُومُه إباحَةُ الشَّرْطِ الواحِدِ ، وقِياسُهُم يَنْتَقِضُ بِاشْتِراطِ الخِيارِ والتَّأْجِيلِ فى الثَّمَنِ .

٤/٢٠٣و / **فصل** : وإن باعَهُ[١٩] أمَةً ، واسْتَثْنَى وَطْأَها مُدَّةً مَعْلُومَةً ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ الوَطْءَ لا يُباحُ فى غيرِ مِلْكٍ أو نِكاحٍ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنِ ٱبْتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْعَادُونَ ﴾[٢٠] ، وفارَقَ اشْتِراطَ وَطْءِ المُكاتَبَةِ حيث نُبِيحُه ؛ لأنَّ المُكاتَبَةَ مَمْلُوكَةٌ ، فَيُسْتَباحُ وَطْؤُها بالشَّرْطِ فى المَحَلِّ المَمْلُوكِ . واخْتارَ ابنُ عَقِيلٍ ، أنَّه لا يُباحُ وَطْؤُها أيضًا . وهو قولُ أكْثَرِ الفُقَهاءِ .

فصل : وإن باعَ المُشْتَرِى العَيْنَ المُسْتَثْناةَ مَنْفَعَتُها ، صَحَّ البَيْعُ ، وتكون فى يَدِ المُشْتَرِى الثانى مُسْتَثْناةً أيضًا ، فإنْ كان عالِمًا[٢١] بذلك ، فلا خِيارَ له ؛ لأنَّه دَخَلَ على بَصِيرَةٍ ، فلم يَثْبُتْ له خِيارٌ ، كما لو اشْتَرَى مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَهُ ، فإن لم يَعْلَمْ ، فله خِيارُ الفَسْخِ ؛ لأنَّه عَيْبٌ ، فهو كما لو اشْتَرَى أمَةً مُزَوَّجَةً ، أو دَارًا مُؤْجَرَةً . وإن أتْلَفَ المُشْتَرِى العينَ ، فعليه أُجْرَةُ[٢٢] المِثْلِ ؛ لِتَفْوِيتِ المَنْفَعةِ المُسْتَحَقَّةِ لغيرِه ،

---

(١٧) تقدم تخريجه فى صفحة ١٣١ .

(١٨) انظر ما تقدم فى حاشيتى ١٦٥ ، ١٦٦ .

(١٩) فى الأصل : « باع » .

(٢٠) سورة المؤمنون ٥ – ٧ .

(٢١) فى الأصل : « يعلم » .

(٢٢) فى م : « أجر » .

وثَمَنُ المَبيعِ ، وإن تَلِفَتِ العينُ بتفْريطِه ، فهو كَتَلَفِها بِفِعْلِه . نَصَّ عليه أحْمَدُ . وقال : يَرْجِعُ البائِعُ على المُبْتاعِ بأُجْرَةِ المِثْلِ . قال القاضى : مَعْناهُ عندى ، القَدْرُ الذى نَقَصَهُ البائِعُ لأجْلِ الشَّرْطِ . وظاهِرُ كَلامِ أحْمَدَ خِلافُ هذا ؛ لأنَّه يَضْمَنُ ما فاتَ بِتفرِيطِه ، فضَمِنَهُ بِعِوَضِه ، وهو أُجْرَةُ المِثْلِ ، فأمَّا إن تَلِفَتْ بغيرِ فِعْلِه ، ولا بتَفْريطِه ، لم يَضْمَنْ . قال الأثْرَمُ : قلتُ لأبى عبدِ اللهِ : فعَلَى المُشْتَرِى أن يَحْمِلَه على غيرِه ؛ لأنَّه كان له حمْلَان ؟ قال : لا . إنَّما شَرَطَ هذا عليه بِعَيْنِه . ولأنَّه لم يَمْلِكْها البائِعُ من جِهَتِه ، فلم يَلْزَمْهُ عِوَضُها ، كما لو تَلِفَتِ النَّخْلَةُ المُؤَبَّرَةُ ، بِثَمَرَتِها أو غيرُ[٢٣] المُؤَبَّرَةِ إذِ اشْتَرَطَ البائِعُ ثَمَرَتَها ، وكما لو باعَ حَائِطًا ، واسْتَثْنَى منه شَجَرَةً بِعَيْنِها فتَلِفَتْ . وقال القاضى : عليه ضَمانُها ، أخْذًا من عُمومِ كَلامِ أحْمَدَ . وإذا تَلِفَتِ العَيْنُ ، رَجَعَ البائِعُ على المُبْتاعِ بأُجْرَةِ المِثْلِ ، وهو مَحْمُولٌ على حالَةِ التَّفْرِيطِ على ما ذَكَرْنا .

فصل : وإذا اشْتَرَطَ البائِعُ مَنْفَعَةَ المَبيعِ ، وأرادَ المُشْتَرِى أن يُعْطِيَهُ ما يَقُومُ مقامَ المَبيعِ / فى المَنْفَعَةِ ، أو يُعَوِّضَهُ عنها لم يَلْزَمْهُ قَبُولُه ، وله اسْتِيفاءُ المَنْفَعَةِ من غيرِ المَبيعِ . نصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ حَقَّهُ تَعَلَّقَ بها ، فأشْبَه ما لو اسْتَأْجَرَ عَيْنًا ، فبَذَلَ له الآخَرُ[٢٤] مِثْلَها ، ولأنَّ البائِعَ قد يكونُ له غَرَضٌ فى اسْتِيفاءِ مَنافِعِ تِلْك العَيْنِ ، فلا يُجْبَرُ على قَبُولِ عِوَضِها . فإن تَراضَيَا على ذلك ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، ولا يَخْرُجُ عنهما ، وإن أرادَ البائِعُ إعارَةَ العَيْنِ ، أو إجارَتَها لمن يَقُومُ مَقامَهُ ، فلَهُ ذلك فى قِياسِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّها مَنافِعُ مُسْتَحَقَّةٌ له ، فملَكَ ذلك فيها[٢٥] ، كمنافِعِ الدَّارِ المُسْتَأْجَرَةِ والمُوصَى بمَنافِعِهَا ، ولا يَجُوزُ إجارَتُها إلَّا لِمِثْلِه فى الانْتِفاعِ ، فإن أرادَ إجارَتَها أو إعارَتَها لمن يَضُرُّ بِالعَيْنِ بِانْتِفاعِه ، لم يَجُزْ ذلك . كما لا يجوزُ له إجارَةُ

٢٠٣/٤ ظ

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) فى الأصل : « الأجر » .

(٢٥) فى الأصل : « منها » .

العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ لمن لا يَقُومُ مَقامَه . ذَكَرَ ذلك ابنُ عَقِيلٍ .

فصل : إذا اشْتَرَطَ المُشْتَرِى مَنْفَعَةَ البائِعِ فى المَبِيعِ ، فأقامَ البائِعُ مَقامَهُ مَن يَعْمَلُ العَمَلَ ، فله ذلك ؛ لأنَّه هٰهُنا بمَنْزِلَةِ الأَجِيرِ المُشْتَرِكِ ، يجوزُ أن يَعْمَلَ العَمَلَ بِنَفْسِه ، وبمن يَقُومُ مَقامَهُ . وإن أرادَ بَذْلَ العِوَضِ عن ذلك ، لم يَلْزَمِ المُشْتَرِىَ قَبُولُه ، وإن أرادَ المُشْتَرِى أخْذَ العِوَضِ عنه ، لم يَلْزَمِ البائِعَ بَذْلُه ؛ لأنَّ المُعاوَضَةَ عَقْدُ تَراضٍ ، فلم يُجْبَرْ عليه أحَدٌ . وإن تَراضَيا عليه ، احتَمَلَ الجَوازَ ؛ لأنَّها مَنْفَعَةٌ يجوزُ أخْذُ العِوضِ عنها ، لو لم يَشْتَرِطْها ، فإذا مَلَكَها المُشْتَرِى ، جازَ له أخْذُ العِوَضِ عنها ، كما لو اسْتَأْجَرَها ، وكما يَجوزُ أن يُؤْجِرَ المَنافِعَ المُوصَى بها من وَرَثَةِ المُوصِى ، ويحْتَمِلُ أن لا يجوزَ ؛ لأنَّه مُشْتَرَطٌ بِحُكْمِ العادَةِ والاسْتِحْسانِ لأجْلِ الحاجَةِ ، فلم يَجُزْ أخْذُ العِوَضِ عنه ، كالقَرْضِ ، فإنَّه يجوزُ أن يَرُدَّ فى الخُبْزِ والخَمِيرِ أقَلَّ أو أكْثَرَ . ولو أراد أن يَأْخُذَ بِقَدْرِ خُبْزِه وكَسْرِه بِقَدْرِ الزِّيادَةِ الجائِزَةِ ، لم يَجُزْ . ولأنَّه أخْذُ عِوَضٍ عن مِرْفَقٍ مُعْتادٍ جَرَتِ العادَةُ بالعَفْوِ عنه دون أخْذِ العِوَضِ ، فأشْبَهَ المنافِعَ المُسْتَثْناةَ شَرْعًا ، وهو ما لو باعَ أرْضًا فيها زَرْعٌ لِلْبائِعِ ، واسْتَحَقَّ تَبْقِيَتَهُ إلى حينِ الحَصادِ ، فلو أخَذَهُ قَصِيلًا لِيَنْتَفِعَ بالأَرْضِ إلى وَقْتِ الحَصادِ / ، لم يكنْ له ذلك . ٢٠٤/٤ و

فصل : ولو قال : بِعْتُكَ هذه الدَّارَ وأجَرْتُكَها شَهْرًا . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه إذا باعَهُ فقد مَلَكَ المُشْتَرِى المَنافِعَ ، فإذا أجَرَهُ إيَّاها ، فقد شَرَطَ أن يكونَ له بَدَلٌ فى مُقابَلَةِ ما مَلَكَهُ المُشْتَرِى ، فلم يَصِحَّ . قال ابنُ عَقِيلٍ : وقد نَهَى النَّبِىُّ ﷺ عن قَفِيزِ الطَّحَّانِ[٢٦] . ومعناه أن يَسْتَأْجِرَ طَحَّانًا ، لِيَطْحَنَ له كِراءً بِقَفِيزٍ منه ، فيَصِيرَ كأنَّه شَرَطَ عَمَلَه فى القَفِيزِ عِوَضًا عن عَمَلِه فى باقِى الكِراءِ المَطْحُونِ . ويَحْتَمِلُ الجَوازَ ، بِناءً على اشْتِراطِ مَنْفَعَةِ البائِعِ فى المَبِيعِ .

---

(٢٦) أخرجه البيهقى ، فى : باب النهى عن عسب الفحل ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٣٩/٥ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٤٧/٣ .

فصل : وإن شَرَطَ فى المَبيعِ[27] إن هو باعَهُ فالبائعُ أحَقُّ به بالثَّمَنِ . فرَوَى المَرُّوذِيُّ[28] عنه أنَّه قال : فى مَعْنَى حَدِيثِ النَّبىِّ ﷺ : « لا شَرْطَانِ فى بَيْعٍ »[29] . يعنى أنه فاسِدٌ ؛ لأنَّه شَرَطَ أن يَبِيعَه إيَّاهُ ، وأن يُعْطِيَهُ إيَّاهُ بالثَّمَنِ الأوَّلِ ، فهما شَرْطانِ فى بَيْعٍ نُهِىَ عَنْهُما ، ولأنَّه يُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ؛ لأنَّه شَرَطَ أن لا يَبِيعَه [30]مِن غيرِه[30] إذا أعْطاهُ ثَمَنَهُ ، فهو كما لو شَرَطَ أن لا يَبِيعَهُ إلَّا من فُلانٍ ، أو أن لا يَبِيعَهُ أصْلًا ، ورَوَى عنه إسماعيلُ بنُ سعيدٍ : البَيْعُ جائزٌ ؛ لما رُوِىَ عن ابن مَسْعُودٍ ، أنَّه قال : ابْتَعْتُ من امْرَأتِى زَيْنَبَ الثَّقَفِيَّةِ جارِيَةً ، وشَرَطْتُ لها إن بِعْتُها ، فهى لها بالثَّمَنِ الذى ابْتَعْتُها به ، فذَكَرْتُ ذلك لِعُمَرَ ، فقال : لا تَقْرَبْها ولأَحَدٍ فيها شَرْطٌ . [31]قال إسْماعيلُ[31] : فذَكَرْتُ لأحمدَ الحَدِيثَ ، فقال : البَيْعُ جائزٌ ، و « لا تقْرَبْها » ؛ لأنَّه كان فيها شَرْطٌ واحِدٌ لِلمرأةِ . ولم يَقُلْ عمرُ فى ذلك البَيْعِ : فاسِدٌ . فحمَلَ الحَدِيثَ على ظاهِرِه ، وأخذَ به . وقد اتَّفَقَ عمرُ وابنُ مَسْعُودٍ على صِحَّتِه ، والقِياسُ يَقْتَضِى فَسادَهُ . ويَحْتَمِلُ أن يُحْمَلَ كَلامُ أحْمَدَ فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ على فَسادِ الشَّرْطِ ؛ وفى رِوايَةِ إسْماعيلَ بنِ سعيدٍ على جَوازِ البَيْعِ ، فيكونُ البَيْعُ صَحِيحًا ، والشَّرْطُ فاسِدًا ، كما لو اشْتَراها بِشَرْطِ أن لا يَبِيعَها . وقولُ أحمدَ[32] : « لا تَقْرَبْها » . قد رُوِىَ مثلُه فى مَن اشْتَرَطَ فى الأَمَةِ أن لا يَبِيعَها ولا يَهَبَها ، أو شَرَطَ عليه وَلاءَها ، ولا يَقْرَبُها . والبَيْعُ جائزٌ . واحتجَّ بِحَدِيثِ عمرَ : « لا تَقْرَبْها ولأَحَدٍ فيها / مَثْنَوِيَّةٌ » . قال القاضى : وهذا على الكَراهَةِ لا على التَّحْرِيمِ . قال ابنُ عَقِيلٍ : عندى أنَّه إنَّما مُنِعَ من الوَطْءِ ؛ لمكان الخِلافِ فى العَقْدِ ؛ لِكَوْنِه يَفْسُدُ بِفَسَادِ الشَّرْطِ فى بعض المَذاهِبِ . واللهُ أعلمُ .

٢٠٤/٤ ظ

---

(٢٧) فى الأصل : « البيع » .

(٢٨) فى النسخ هنا وفيما يأتى : « المروزى » . تحريف ، وسبق فى : ٦/١ .

(٢٩) تقدم تخريجه فى صفحة ١٦٦ .

(٣٠ – ٣٠) فى م : « لغيره » .

(٣١ – ٣١) سقط من : الأصل .

(٣٢) الصحيح أن ذلك من قول عمر رضى الله عنه .

٧٢٩ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا بَاعَ حَائِطًا وَاسْتَثْنَى مِنْهُ صَاعًا[1] ، لَمْ يَجُزْ . وَإِنِ اسْتَثْنَى مِنْهُ نَخْلَةً أَوْ شَجَرَةً بِعَيْنِها ، جَازَ)

الكلامُ فى هذه المَسْأَلَةِ فى فَصْلَيْنِ ؛ أحدُهما ، أنَّه إذا باعَ ثَمَرَةَ بُسْتَانٍ ، واسْتَثْنَى صَاعًا ، أو آصُعًا ، أو مُدًّا ، أو أَمْدادًا ، أو باعَ صُبْرَةً واسْتَثْنَى منها مثلَ ذلك ، لم يَجُزْ . ورُوِىَ ذلك عن سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، والحسنِ ، والشَّافِعِىِّ ، والأَوْزاعِىِّ ، وإسْحَاقَ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحَابِ الرَّأْى . وقال أبو الخَطَّابِ : فيه رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أنَّه يجوزُ ، وهو قولُ ابنِ سِيرِينَ ، وسَالِمِ بن عبدِ اللهِ ، ومالِكٍ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الثُّنْيَا إلَّا أن تُعْلَمَ . رَوَاهُ التِّرمِذِىُّ[2] وقال : هو حَدِيثٌ حَسَنٌ صحِيحٌ[3] ، وهذه ثُنيا مَعْلُومَةٌ ، ولأنَّه اسْتَثْنَى مَعْلُومًا أشْبَهَ ما[4] إذا اسْتَثْنَى منها جُزْءًا . ولَنا ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن الثُّنْيَا . رَوَاهُ البُخارِىُّ[5] . ولأنَّ المَبِيعَ مَعْلُومٌ بالْمُشاهَدَةِ لا بالقَدْرِ ، والاسْتِثْناءُ يُغَيِّرُ حُكْمَ المُشاهَدَةِ ؛ لأنَّه لا يَدْرِى كَمْ يَبْقَى فى حُكْمِ المُشاهَدَةِ ، فلم يَجُزْ ، ويُخالِفُ الجزْءَ ؛ فإنَّه لا يُغَيِّرُ حُكْمَ المُشاهَدَةِ ، ولا يَمْنَعُ المَعْرِفَةَ بها .

فصل : وإن باعَ شَجَرَةً ، أو نَخْلَةً ، واسْتَثْنَى أَرْطالًا مَعْلُومَةً ، فالحُكْمُ فيه كما لو باعَ حَائِطًا واسْتَثْنَى آصُعًا . وقال القاضى فى « شَرْحِه » : يَصِحُّ ؛ لأنَّ الصَّحابةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، أجازُوا[6] اسْتِثْناءَ سَوَاقِطِ الشَّاةِ . والصَّحِيحُ ، ما ذَكَرْناهُ . وهذا

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٣١ .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) أخرجه مسلم ، فى : باب النهى عن المحاقلة والمزابنة ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٧٥ . وأبو داود ، فى : باب فى المخابرة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٣٥ . والنسائى ، فى : باب النهى عن بيع الثنيا حتى تعلم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٦٠ . ولم يروه البخارى . انظر تحفة الأشراف ٢/١٨٢ ، ١٨٣ ، ٢٢٤ ، ٢٨٩ .

(٦) فى الأصل : « أجازت » .

أَشْبَهُ بمَسْأَلَةِ الصَّاعِ من الحائِطِ وإليها أقْرَبُ ، والمعنى الذى ذَكَرْنَاهُ فيها مُتَحَقِّقٌ هٰهُنا ، فلا يَصِحُّ . واللهُ أعلمُ . الفصل الثانى ، أنَّه إذا اسْتَثْنَى نَخْلَةً ، أو شَجَرَةً بِعَيْنِها ، جازَ . ولا نَعْلَمُ فى ذلك خِلافًا ؛ وذلك لأنَّ المُسْتَثْنَى مَعْلُومٌ ، ولا يُؤَدِّى إلى جَهالَةِ المُسْتَثْنَى منه . وإنِ اسْتَثْنَى شَجَرَةً غيرَ مُعَيَّنَةٍ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ الاسْتِثْناءَ غيرُ مَعْلُومٍ ، فصار المَبِيعُ والمُسْتَثْنَى مَجْهُولَيْنِ . ورُوِىَ عن ابنِ عُمَرَ ، أنَّه باعَ ثَمَرَتَه بأَرْبَعَةِ آلافٍ ، واسْتَثْنَى طَعَامَ الْفِتْيانِ[7] . وهذا يَحْتَمِلُ أنه اسْتَثْنَى / نَخْلًا مُعَيَّنًا بِقَدْرِ طَعَامِ الْفِتْيانِ[7] ؛ لأنَّه لو حُمِلَ على غير ذلك لَكان[8] مُخالِفًا لِنَهْىِ النَّبىِّ ﷺ عن الثُّنْيَا إلَّا أن تُعْلَمَ . ولأنَّ المُسْتَثْنَى[9] متى كان مَجْهُولًا لَزِمَ أن يكون الباقِى بعدَه مَجْهُولًا ، فلا يَصِحُّ بَيْعُه ، كما لو قال : بِعْتُكَ من هذه الثَّمَرَةِ طَعَامَ الفِتْيانِ[7] .

٢٠٥/٤ و

فصل : وإنِ اسْتَثْنَى جُزْءًا مَعْلُومًا من الصُّبْرَةِ أو الحائِطِ مُشاعًا ، كثُلُثٍ ، أو رُبْعٍ ، أو أَجْزَاءٍ ، كسُبْعَيْنِ ، أو ثلاثةِ أَثْمَانٍ ، صَحَّ البَيْعُ والاسْتِثْناءُ . ذَكَرَهُ أصْحَابُنا . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وقال أبو بكرٍ ، وابنُ أبى مُوسَى : لا يجوزُ . ولَنا ، أنَّه لا يُؤَدِّى إلى جَهالَةِ المُسْتَثْنَى ولا المُسْتَثْنَى منه ، فصَحَّ ، كما لو اشْتَرَى شَجَرَةً بِعَيْنِها ؛ وذلك لأنَّ مَعْنَى : بِعْتُكَ هذه الصُّبْرَةَ إلَّا ثُلُثَها . أى بِعْتُكَ ثُلُثَيْها . وقوله : إلَّا رُبْعَها معناه : بِعْتُكَ ثلاثَةَ أَرْباعِها . ولو باعَ حَيَوانًا ، واسْتَثْنَى ثُلُثَه ، جازَ ، وكان مَعْناهُ بِعْتُكَ ثُلُثَيْهِ . ومنَع منه القاضى أبو يَعْلَى قِياسًا على اسْتِثْناءِ الشَّحْمِ . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الشَّحْمَ مَجْهُولٌ لا يَصِحُّ إفْرادُه بالبَيْعِ ، وهذا مَعْلُومٌ ، ويَصِحُّ إفْرادُه بالبَيْعِ ، فصَحَّ اسْتِثْناؤُه ، كالشَّجَرَةِ المُعَيَّنَةِ ، وقِياسُ المَعْلُومِ على المَجْهُولِ فى الفَسادِ لا يَصِحُّ ، فعلى هذا يَصِيرانِ شَرِيكَيْنِ فيه ، لِلْمُشْتَرِى ثُلُثاهُ وللبائِعِ ثُلُثُه .

---

(٧) فى م : « القيان » .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى الأصل : « المشترى » .

فصل : فإن قال : بِعْتُكَ قَفِيزًا من هذه الصُّبْرَةِ إلَّا مَكُّوكًا . جازَ ؛ لأنَّ القَفِيزَ مَعْلُومٌ ، والمَكُّوكَ مَعْلُومٌ ، فلا يُفْضِي إلى الجَهالَةِ ، ولو قال : بَعْتُكَ هذه الثَّمَرَةَ بأَرْبَعَةِ دراهمَ ، إلَّا بِقَدْرِ دِرهمٍ . صَحَّ ؛ لأنَّ قَدْرَهُ مَعْلُومٌ من المَبِيعِ[10] وهو الرُّبْعُ ، فكأنَّه قال : بِعْتُكَ ثلاثَةَ أرْباعِ هذه الثَّمَرةِ بأَرْبَعَةِ دراهمَ . ولو قال : إلَّا ما يُساوِى درهمًا . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ ما يُساوِى الدِّرْهمَ قد يكونُ الرُّبْعَ ، أو أكْثَرَ أو أقَلَّ ، فيكونُ مَجْهُولًا ، فيَبْطُلُ .

فصل : وإن باعَ قَطِيعًا ، واسْتَثْنَى منه شاةً بِعَيْنِها ، صَحَّ . وإنِ اسْتَثْنَى شاةً غيرَ مُعَيَّنَةٍ ، لم يَصِحَّ . نَصَّ عليه . وهذا قولُ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . وقال مالِكٌ : يَصِحُّ أن يَبِيعَ مائةَ شاةٍ إلَّا شاةً يَخْتارُها ، أو يَبِيعَ ثَمَرَةَ حائِطِه ، ويَسْتَثْنِيَ ثَمَرَةَ نَخَلاتٍ يَعُدُّها . ولَنا ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ : نَهَى عن / الثُّنْيَا إلَّا أنْ تُعْلَمَ[11] . و : نَهَى عن بَيْعِ الغَرَرِ[12] . ولأنَّه مَبِيعٌ مَجْهُولٌ ، والمُسْتَثْنَى منه مَجْهُولٌ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : إلَّا شَاةً مُطْلَقَةً . ولأنَّه مَبِيعٌ مَجْهُولٌ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بِعْتُكَ شَاةً تَخْتارُها من القَطِيعِ . وضَابِطُ هذا البابِ ، أنَّه لا يَصِحُّ اسْتِثْناءُ ما لا يَصِحُّ بَيْعُه مُفْرَدًا أو بَيْعُ ما عَداه مُنْفَرِدًا عن المُسْتَثْنَى ، ونحوُ هذا مذهبُ أبى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ ، إلَّا أنَّ أصْحابَنَا اسْتَثْنَوْا من هذا سَواقِطَ الشَّاةِ ، وجِلْدَها ؛ للأثَرِ الوارِدِ فيه . والحَمْلُ على رِوايَةِ الجَوازِ ؛ لِفِعْلِ ابن عُمَرَ ، وما عدا هذا فيَبْقَى على الأَصْلِ .

٢٠٥/٤ ظ

فصل : وإن باعَ حَيَوانًا مَأْكُولًا ، واسْتَثْنَى رأسَه وجِلْدَه وأطْرافَه وسَوَاقِطَه ، صَحَّ . نَصَّ عليه أحْمَدُ . وقال مالِكٌ : يَصِحُّ فى السَّفَرِ دُونَ الحَضَرِ ؛ لأنَّ المُسافِرَ لا يُمْكِنُه الانْتِفاعُ بالجِلْدِ والسَّواقِطِ . فجَوَّزَ له شِراءَ اللَّحْمِ دُونَها . وقال

---

(١٠) فى م : « البيع » .

(١١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٣١ .

(١٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣١ .

أبو حنيفة ، والشَّافِعِيُّ : لا يجوزُ ؛ لأنَّه لا يجوزُ إفرادُه بالعَقْدِ ، فلم يَجُزِ اسْتِثْناؤُه كالحَمْلِ . ولَنا ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، نَهَى عن الثُّنيا إلَّا أنْ تُعْلَمَ . وهذه مَعْلُومَةٌ ، ورُوِىَ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ لما هاجَرَ إلى المَدِينَةِ ، ومعه أبو بكرٍ وعامِرُ بن فُهَيْرَةَ ، مَرُّوا براعِى غَنَمٍ ، فذَهَبَ أبو بكرٍ وعامِرٌ فاشْتَرَيا منه شَاةً ، وشَرَطَا له سَلَبَها . ورَوَى أبو بكرٍ ، فى « الشَّافِى » بإسْنادِهِ عن جابِرٍ ، عن الشَّعْبِىِّ قال : قَضَى زَيْدُ بنُ ثابِتٍ ، وأصْحابُ رَسُولِ اللهِ ﷺ فى بَقَرَةٍ باعَها رَجُلٌ واشْتَرَطَ رَأْسَها ، فقَضَى بالشَّرْوَى . يَعْنِى أنْ يُعْطِىَ رَأْسًا مثلَ رَأْسٍ . ولأنَّ المُسْتَثْنَى والمُسْتَثْنَى منه مَعْلُومانِ ، فصَحَّ ، كما لو باعَ حائِطًا ، واسْتَثْنَى منه نَخْلَةً مُعَيَّنَةً . وكونُه لا يجوزُ إفْرادُه بالبَيْعِ يَبْطُلُ بالثَّمَرَةِ قبلَ التَّأْبِيرِ لا يجوزُ إفْرادُها[13] بالبَيْعِ بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ ، ويجوزُ اسْتِثْناؤُها ، والحَمْلُ مَجْهُولٌ . ولَنا فيه مَنْعٌ ، فإنِ امْتَنَعَ المُشْتَرِى من ذَبْحِها لم يُجْبَرْ عليه ، ويَلْزَمُه قِيمَةُ ذلك على التَّقْرِيبِ . نَصَّ عليه ؛ لِمَا رُوِىَ عن عَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : أنَّه قَضَى فى رَجُلٍ اشْتَرَى نَاقَةً وشَرَطَ ثُنْيَاهَا . فقال : اذْهَبُوا / إلى السُّوقِ ، فإذا بَلَغَتْ أقْصَى ثَمَنِها ، فأَعْطُوهُ حِسابَ ثُنْياها من ثَمَنِها . ٢٠٦/٤ و

فصل : فإنِ اسْتَثْنَى شَحْمَ الحَيوانِ ، لم يَصِحَّ . نَصَّ عليه أحمدُ . قال أبو بكرٍ : لا يَخْتَلِفُونَ عن أبى عبدِ اللهِ ، أنَّه لا يجوزُ . وذلك[14] ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عن الثُّنْيا إلَّا أن تُعْلَمَ . ولأنَّه مَجْهُولٌ لا يَصِحُّ إفْرادُه بالبَيْعِ ، فلم يَصِحَّ اسْتِثْناؤُه ، كفَخِذِها ، وإن اسْتَثْنَى الحَمْلَ ، لم يَصِحَّ اسْتَثْناؤُه لذلك . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، ومالِكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، والشَّافِعِىِّ . وقد نُقِلَ عن أحْمَدَ صِحَّتُه ، وبه قال الحسنُ ، والنَّخَعِىُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ . لِمَا رَوَى نافِعٌ عن ابنِ عمرَ ، أنَّه باعَ جارِيَةً ، واسْتَثْنَى ما فى بَطْنِها . ولأنَّه يَصِحُّ اسْتِثْناؤُه فى العَتْقِ ، فصَحَّ فى البَيْعِ قِياسًا عليه . ولنا ، ما تَقَدَّمَ . والصَّحِيحُ من حَدِيثِ ابن عمرَ أنَّه أَعْتَقَ جارِيَةً واسْتَثْنى مَا فى بَطْنِها .

---

(١٣) فى الأصل : « إفراده » .

(١٤) فى م : « ذلك » .

لأنَّ الثِّقاتَ الحُفَّاظَ حَدَّثُوا الحَدِيثَ ، فقالوا : أَعْتَقَ جارِيَةً . والإِسْنادُ واحِدٌ ، قاله أبو بكرٍ . ولا يَلْزَمُ من الصِّحَّةِ فى العِتْقِ الصِّحَّةُ فى البَيْعِ ؛ لأنَّ العِتْقَ لا تَمْنَعُه الجَهالَةُ ولا العَجْزُ عن التَّسْلِيمِ ، ولا يُعتَبَرُ فيه شُرُوطُ البَيْعِ .

فصل : وإن باعَ جارِيَةً حَامِلًا بِحُرٍّ . فقال القاضى : لا يَصِحُّ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه لا يَدْخُلُ فى البَيْعِ ، فكأنه مُسْتَثْنًى . والأَوْلَى صِحَّتُه ؛ لأن المَبِيعَ مَعْلُومٌ ، وجَهالَةُ الحَمْلِ لا تَضُرُّ من حيث إنَّه ليس بمَبِيعٍ ولا مُسْتَثْنًى بِاللَّفْظِ ، وقد يُسْتَثْنَى بالشَّرْعِ ما لا يَصِحُّ اسْتِثْناؤُه باللَّفْظِ ، كما لو باعَ أمَةً مُزَوَّجَةً صَحَّ ، ووَقَعَتْ مَنْفَعَةُ البُضْعِ مُسْتَثْناةً بالشَّرْعِ . ولو اسْتَثْناها باللَّفظِ لم يَجُزْ . ولو بَاعَ أرْضًا فيها زَرْعٌ للبائِعِ ، أو نَخْلَةً مُؤَبَّرَةً ، لَوقَعَتْ مَنْفَعَتُها مُسْتَثْناةً مُدَّةَ بَقاءِ الزَّرْعِ والثَّمَرَةِ ، ولو اسْتَثْناها بقَوْلِه ، لم يَجُزْ .

فصل : ولو باعَ دَارًا إلَّا ذِرَاعًا ، وهما يَعْلَمانِ ذُرْعَانَ الدَّارِ ، جازَ ، وكان مُسْتَثْنِيًا جُزْءًا مُشاعًا منها ، لأنَّه جُزْءٌ مَعْلُومٌ يَصِحُّ إفْرادُه بالبَيْعِ ، فجازَ اسْتِثْناؤُه ، كثُلُثِها ورُبْعِهَا ، وإن لم يَعْلَما ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ لا يجوزُ إفْرادُه بالبَيْعِ ، ولأنَّه اسْتَثْنَى ٢٠٦/٤ ظ / مَعْلُومَ المِقْدارِ من مَبِيعٍ مَعْلُومٍ بالمُشاهَدَةِ ، فلم يَجُزْ كاسْتِثْناءِ الصَّاعِ من ثَمَرَةِ الحائِطِ ، والقَفِيزِ من الصُّبْرَةِ . وهكذا الحُكْمُ إذا بَاعَهُ ضَيْعَةً إلَّا جَرِيبًا[١٥] ، فمتى عَلِمَ جُرْبَانَ الضَّيْعَةِ صَحَّ ، وإلَّا فلا .

فصل : وإذا باعَ سِمْسِمًا واسْتَثْنَى الكُسْبَ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه قد باعَهُ الشَّيْرَجَ فى الحَقِيقَةِ . وهو غيرُ مَعْلُومٍ ، فإنَّه غيرُ مُعَيَّنٍ ولا مَوْصُوفٍ ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن الثُّنْيَا إلّا أن تُعْلَمَ[١٦] . وكذا لو باعَهُ قُطْنًا واسْتَثْنَى الحَبَّ ، لم يَجُزْ ؛ لِجَهالَةِ ذلك ، ولأنَّ المُسْتَثْنَى غيرُ مَعْلُومٍ . ولو باعَهُ السِّمْسِمَ واسْتَثْنَى الشَّيْرَجَ ، لم يَجُزْ لذلك[١٧] .

---

(١٥) الجريب : المزرعة .

(١٦) تقدم تخريجه فى صفحة ١٣١ .

(١٧) فى م : « كذلك » .

فصل : ولو بَاعَهُ بِدِينارٍ إِلَّا درْهَمًا ، أو إلَّا قَفِيزًا من حِنْطَةٍ أو شَعِيرٍ ، لم يَصِحَّ البَيْعُ ؛ لأنَّه قَصَدَ رَفْعَ قَدْرِ المُسْتَثْنَى من المُسْتَثْنَى منه . وقَدْرُ ذلك مَجْهُولٌ ، فيَصِيرُ الثَّمَنُ مَجْهُولًا .

٧٣٠ ــ مسألة ؛ قال : (وَإذَا اشْتَرَى الثَّمَرةَ دُونَ الْأَصْلِ ، فَتَلِفَتْ بِجَائِحَةٍ مِنَ السَّمَاءِ ، رَجَعَ بِهَا عَلَى الْبَائِعِ)

الكَلامُ فى هذه المَسْأَلَةِ فى فُصُولٍ ثلاثةٍ :

الأوَّل ، أنَّ ما تُهْلِكُه الجائِحَةُ من الثِّمارِ من ضَمانِ البَائِعِ . وبهذا قال أكْثَرُ أَهْلِ المدينةِ ، منهم . يَحْيَى بنُ سعيدٍ الأنصارِىُّ ، ومالِكٌ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وجَماعَةٌ من أَهْلِ الحَدِيثِ . وبه قال الشَّافِعِىُّ فى القَدِيمِ . وقال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ فى الجَدِيدِ : هو من ضَمانِ المُشْتَرِى ؛ لِمَا رُوِىَ ، أنَّ امْرَأةً أتَتِ النبىَّ ﷺ ، فقالَتْ : إنَّ ابنِى اشْتَرَى ثَمَرةً من فُلانٍ ، فأذْهَبَتْها الجائِحَةُ ، فَسَأَلَه[1] أن يَضَعَ عنه ، فتَألَّى أنْ لا يَفْعَلَ . فقال النَّبِىُّ ﷺ : « تَألَّى فُلَانٌ أنْ لَا يَفْعَلَ خَيْرًا » . مُتَّفَقٌ عليه[2] . ولو كان واجبًا لأَجْبَرَهُ عليه ؛ لأنَّ التَّخْلِيَةَ يَتَعَلَّقُ بها جَوازُ التَّصَرُّفِ ، فتَعَلَّقَ بها الضَّمانُ ، كالنَّقْلِ والتَّحْوِيلِ ، ولأنَّه لا يَضْمَنُهُ إذا أتْلَفَهُ آدَمِىٌّ ، كذلك لا يَضْمَنُهُ بإتْلافِ غيرِه . ولنا ، ما رَوَى مُسْلِمٌ[3] ، فى « صَحِيحِه » عن جابِرٍ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ أمَرَ بِوَضْعِ الجَوائِحِ . وعنه قال : قال رسولُ الله ﷺ : « / إن بِعْتَ من ٢٠٧/٤ و

---

(١) فى م : « فسألته » .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب هل يشير الإمام بالصلح ، من كتاب الصلح . صحيح البخارى ٣/٢٤٤ . ومسلم ، فى : باب استحباب الوضع من الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١١٩٢ . أخرجاه بغير لفظه عن أبى الرجال ، عن أمّه ، عمرة عن عائشة .

كما أخرجه أيضا من هذا الطريق الإمام مالك ، فى : باب الجائحة فى بيع الثمار والزرع ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٢١ .

(٣) فى : باب وضع الجوائح ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١١٩١ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع السنين ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٢٨ . والنسائى ، =

أخِيكَ ثَمرًا ، فأصابَتْهُ جائِحَةٌ ، فَلا يَحِلُّ لَكَ أنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا ، لِمَ تَأْخُذُ مَالَ أخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ ؟ » رواه مُسْلِمٌ وأبو داود[٤] ، ولَفْظُه : « مَنْ بَاعَ ثَمرًا ، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَلا يَأْخُذْ مِنْ مَالِ أخِيهِ شَيْئًا ، عَلَى مَ يَأْخُذُ أحَدُكُم مالَ[٥] أخِيهِ المُسْلِم ؟ » . وهذا صَرِيحٌ فى الحُكْمِ فلا يُعْدَلُ عنه . قال الشَّافِعِىُّ : لم يَثْبُتْ عندى أنَّ رسولَ الله ﷺ أمَرَ بِوَضْعِ الجَوَائِحِ ، ولو ثَبَتَ لم أَعْدُه ، ولو كنتُ قائِلًا بِوَضْعِها لَوَضَعْتُها فى القَلِيلِ والكَثِيرِ . قُلْنا : الحَدِيثُ ثابتٌ . رواهُ الأئِمَّةُ ، منهم : الإمامُ أحمدُ ، ويَحْيَى ابن مَعِينٍ ، وعلىُّ بن حَرْبٍ ، وغيرُهم ، عن ابن عُيَيْنَةَ ، عن حُمَيْدٍ الأعْرَجِ ، عن سليمانَ بنِ عَتِيقٍ ، عن جَابِرٍ . ورَوَاهُ مُسْلِمٌ فى « صَحِيحِه » ، وأبو دَاوُدَ فى « سُنَنِه » ، وابنُ مَاجَه وغيرُهم . ولا حُجَّةَ لهم فى حَدِيثِهم ، فإنَّ فِعْلَ الوَاجِبِ خَيْرٌ ، فإذا تَأَلَّى أن لا يَفْعَلَ الواجبَ ، فقد تَأَلَّى أَلَّا يَفْعَلَ خَيْرًا . فأمَّا الإجْبارُ ، فلا يَفْعَلُه النَّبِىُّ ﷺ بمُجَرَّدِ قولِ المُدَّعِى من غيرِ إقْرارٍ مِن[٦] البائِعِ ، ولا حُضورٍ . ولأنَّ التَّخْلِيَةَ ليست بقَبْضٍ تامٍّ ، بِدَليلِ ما لو تَلِفَتْ بِعَطَشٍ عندَ بعضِهم . ولا يَلْزَمُ من إباحَةِ التَّصَرُّفِ تمامُ القَبْضِ ، بِدَلِيلِ المَنافِعِ فى الإجارَةِ يُباحُ التَّصَرُّفُ فيها ، ولو تَلِفَتْ كانتْ مِن ضَمانِ المُؤْجِرِ ، كذلك الثَّمَرةُ ، فإنَّها فى شَجَرِها ، كالمنافِعِ قبلَ[٧] اسْتِيفائِها ، تُوجَدُ حالًا فحالًا[٨] ، وقِياسُهم يَبْطُلُ بالتَّخْلِيَةِ فى الإجَارةِ .

= فى : باب وضع الجوائح ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٣/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٠٩/٣ .

(٤) أخرجه مسلم ، فى : باب وضع الجوائح ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٠/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى وضع الجائحة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٨/٢ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب وضع الجوائح ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٢/٧ ، ٢٣٣ . وابن ماجه ، فى : باب بيع الثمار سنين والجائحة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٧/٢ .

(٥) فى م : « من مال » .

(٦) سقط من : « الأصل » .

(٧) فى م زيادة : « قبل » .

(٨) فى النسخ : « لحالا » .

الفصل الثانى : أنَّ الجائِحَةَ كلُّ آفَةٍ لا صُنْعَ لِلْآدَمِىِّ فيها ، كالرِّيحِ ، والبَرْدِ ، والجَرادِ ، والعَطَشِ ؛ لما رَوَى السَّاجِىُّ بإسْنادِه ، عن جابرٍ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قَضَى فى الجائِحَةِ[9] . والجائِحَةُ تكونُ فى البَرْدِ ، والْجَرادِ ، وفى الحبق[10] ، والسَّيْلِ ، وفى الرِّيحِ . وهذا تَفْسِيرٌ من الرَّواى لكلامِ النَّبِىِّ ﷺ ، فيَجِبُ الرُّجوعُ إليه . وأمَّا ما كان بِفِعْلِ آدَمِىٍّ ، فقال القاضى : المُشْتَرِى بالخِيارِ بين فَسْخِ العَقْدِ ، ومُطالَبَةِ البائِعِ بالثَّمَنِ ، وبين البَقاءِ عليه ، ومُطالَبَةِ الْجانِى بالقِيمَةِ ؛ لأنَّه أمكَنَ الرُّجوعُ بِبَدَلِه ، بخِلافِ التَّالِفِ بالجائِحَةِ[11] .

الفصل / الثالث : أنَّ ظاهِرَ المذهبِ ، أنَّه لا فَرْقَ بين قَلِيلِ الجائِحَةِ وكَثِيرِها ، ٢٠٧/٤ ظ إلَّا أنَّ ما جَرَتِ العادَةُ بِتَلَفِ مثلِهِ ، كالشىءِ اليَسيرِ الذى لا يَنْضَبِطُ ، فلا يُلْتَفَتُ إليه . قال أحْمَدُ : إنِّى لا أقول فى عَشْرِ ثَمَراتٍ ، ولا عِشْرِينَ ثَمَرَةً ، ولا أدرى ما الثُّلُثُ ، ولكن إذا كانت جائِحَةٌ تُعْرَفُ ؛ الثُّلُثُ ، أو الرُّبْعُ ، أو الخُمْسُ ، تُوضَعُ . وفيه رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّ ما كان[12] دون الثُّلُثِ فهو مِن[13] ضَمانِ المُشْتَرِى ، وهو مذهبُ مالِكٍ ، والشَّافِعِىِّ فى القَديمِ ؛ لأنَّه لابُدَّ أن يَأْكُلَ الطَّيْرُ منها ، وتَنْثُرَ الرِّيحُ ، ويَسْقُطَ منها ، فلم يكُنْ بُدٌّ من ضابِطٍ واحِدٍ فاصِلٍ بين ذلك وبين الجائِحَةِ ، والثُّلُثُ قد رَأَيْنا الشَّرْعَ اعْتَبَرَهُ فى مَواضِعَ ، منها ؛ الوَصِيَّةُ ، وعَطايا المَرِيضِ ، وتَساوِى جِراحِ المَرْأَةِ جِراحَ[14] الرَّجُلِ إلى الثُّلُثِ . قال الأَثْرَمُ : قال أحمدُ : إنَّهم يَسْتَعْمِلونَ الثُّلُثَ فى سَبْعَ عَشَرَةَ مَسْأَلَةٍ . ولأنَّ الثُّلُثَ فى حَدِّ الكَثْرَةِ ، وما دونه فى

---

(٩) تقدم تخريجه فى صفحة ١٧٧

(١٠) كذا . ولم نعرفه .

(١١) فى الأصل : « بجائحة » .

(١٢) فى م زيادة : « بعد » .

(١٣) سقط من : « م » .

(١٤) فى م : « وجراح » .

حَدُّ القِلَّةِ ، بدَليلِ قولِ النَّبيِّ ﷺ فى الوَصِيَّةِ : « الثُّلُثُ ، والثُّلُثُ كَثِيرٌ »[15] . فيَدُلُّ هذا على أنَّه آخِرُ حَدِّ الكَثْرَةِ ، فلهذا قُدِّرَ به . وَوَجْهُ الأَوَّلِ ، عُمومُ الأحادِيثِ ، فإنَّ النَّبيَّ ﷺ أمَرَ بوَضْعِ الجَوائِحِ[16] . وما دون الثُّلُثِ داخِلٌ فيه ، فيَجِبُ وَضْعُه . ولأنَّ هذه الثمَرةَ لم يَتِمَّ قَبْضُها ، فكان ما تَلِفَ منها من مالِ البائِعِ ، وإن كان قَليلًا ، كالتى على وَجْهِ الأرْضِ ، وما أكَلَهُ الطَّيْرُ[17] أو سَقَطَ لا يُؤَثِّرُ فى العادَةِ ، ولا يُسَمَّى جائِحَةً ، فلا يَدْخُلُ فى الخَبَرِ ، ولا يُمكِنُ التَّحَرُّزُ منه ، فهو مَعْلومُ الوُجودِ بحُكْمِ العادَةِ ، فكأنَّه مَشْروطٌ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه إذا تَلِفَ شىءٌ له قَدْرٌ خارِجٌ عن العادَةِ ، وَضَعَ من الثَّمَنِ بِقَدْرِ الذَّاهِبِ . فإن تَلِفَ الجَميعُ ، بَطَلَ العَقْدُ ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى بجَميعِ الثَّمَنِ . وأمَّا على الرِّوايَةِ الأُخْرَى ، فإنَّه يَعْتَبِرُ ثُلُثَ المَبْلَغِ ، وقيل : ثُلُثَ القِيمَةِ . فإن تَلِفَ الجَمِيعُ ، أو أكْثَرُ من الثُّلُثِ ، رَجَعَ بقيمَةِ التَّالِفِ[18] كلِّه [19]من الثَّمَنِ[19] . وإذا اخْتَلَفا فى الجائِحَةِ ، أو قَدْرِ ما أُتْلِفَ ، فالقولُ قولُ البائِعِ ؛ لأنَّ الأصْلَ السَّلامَةُ . ولأنَّه غارِمٌ ، والقولُ فى الأُصولِ قولُ الغارِمِ .

٢٠٨/٤ و **فصل** : فإن بَلَغَتِ الثَّمَرةُ أوانَ الجِزازِ ، فلم يَجُزَّها حتى اجْتِيحَتْ ، / فقال القاضى : عندى لا يُوضَعُ عنه ؛ لأنَّه مُفَرِّطٌ بتَرْكِ النَّقْلِ فى وَقْتِه مع قُدْرَتِه ، فكان الضَّمانُ عليه . ولو اشْتَرَى ثَمَرةً قبل بُدُوِّ صَلاحِها بشَرْطِ القَطْعِ ، فأمْكَنَه قَطْعُها ، فلم يَقْطَعْها حتى تَلِفَتْ ، فهى من ضَمانِه ؛ لأنَّ تَلَفَها بتَفريطِه . وإن تَلِفَتْ قبل إمْكانِ قَطْعِها ، فهى من ضَمانِ بائِعِها ، كالمَسْأَلةِ قبلَها[20] .

---

(١٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٧ .
(١٦) تقدم تخريجه فى صفحة ١٧٧ .
(١٧) سقط من : م .
(١٨) فى م : « التلف » .
(١٩ – ١٩) سقط من : الأصل .
(٢٠) فى م : « فيها » .

فصل : إذا استَأْجَرَ أَرْضًا ، فزرَعَها ، فَتلِفَ الزَّرْعُ[٢١] ، فلا شيءَ على المُؤْجِرِ ، نَصَّ عليه أحْمَدُ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّ المَعْقودَ عليه مَنافِعُ الأَرْضِ ، و لم تَتْلَف ، وإنَّما تَلِفَ مالُ المُستَأْجِرِ فيها ، فصارَ كدارٍ استَأْجَرَها لِيَقْصُرَ[٢٢] فيها ثِيابًا ، فَتلِفَتِ الثِّيابُ فيها .

٧٣١ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا وَقَعَ الْبَيْعُ عَلَى مَكِيلٍ ، أَوْ[١] مَوْزُونٍ ، أَو مَعْدُودٍ ، فَتلِفَ قَبْلَ قَبْضِه ، فَهُوَ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ**)

ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أنَّ المَكيلَ ، والمَوْزونَ ، والمَعْدودَ ، لا يَدْخُلُ فى ضَمانِ المُشْتَرِى إلَّا بِقَبْضِه ، سواءٌ كان مُتَعَيِّنًا ، كالصُّبْرَةِ ، أو غيرَ مُتَعَيِّنٍ ، كقَفيزٍ منها . وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ . ونَحْوُه قولُ إسحاقَ . ورُوِىَ عن عُثْمانَ بنِ عَفَّانَ ، وسعيدِ ابنِ المُسَيَّبِ ، والحَسَنِ ، والحَكَمِ ، وحَمَّادِ بنِ أبى سليمانَ ، أنَّ كلَّ ما بِيعَ على الكَيْلِ والوَزْنِ لا يَجوزُ بَيْعُه قبل قَبْضِه ، وما ليس بمَكيلٍ ولا مَوْزونٍ يجوزُ بَيْعُه قبلَ قَبْضِه . وقال القاضى وأصحابُه : المُرادُ بالمَكيلِ ، والمَوْزونِ ، والمَعْدودِ ، ما ليس بمُتَعَيِّنٍ منه ، كالقَفيزِ من صُبْرَةٍ ، والرِّطْلِ من زُبْرَةٍ[٢] ، ومَكيلَةِ زَيْتٍ من دَنٍّ ، فأمَّا المُتَعَيِّنُ ، فيَدْخُلُ فى ضَمانِ المُشْتَرِى ، كالصُّبْرَةِ يَبِيعُها من غيرِ تَسْمِيَةِ كَيْلٍ . وقد نُقِلَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على قولِهم ، فإنَّه قال في رِوايةِ أبى الحارِثِ ، فى رَجُلٍ اشْتَرَى طَعامًا ، فطَلَبَ مَنْ يَحْمِلُه ، فرَجَعَ وقد احترق الطَّعامُ[٣] ، فهو من مالِ المُشْتَرِى ، واستَدَلَّ بحَديثِ ابنِ عمرَ : ما أَدْرَكَتِ الصَّفْقَةُ حَيًّا مَجْمُوعًا ، فهو من مالِ المُشْتَرِى[٤] . وذَكَرَ الجُوزَجَانِيُّ عنه فى مَن اشْتَرَى ما فى السَّفينَةِ صُبْرَةً ، و لم

---

(٢١) فى الأصل : « الربع » .

(٢٢) قصر الثوب : دقه وبيَّضه .

(١) فى م زيادة : « على » .

(٢) الزبرة : القطعة الضخمة .

(٣) سقط من : « الأصل » .

(٤) أخرجه البخارى تعليقا ، فى : باب إذا اشترى متاعا أو دابة فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٩٠/٣ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٥٤/٣ .

يُسَمِّ كَيْلًا ، فلا بَأْسَ أن يُشْرِكَ فيها ، ويَبِيعَ ما شاءَ ، إلَّا أن يكونَ بينهما كَيْلٌ ، فلا يُوَلِّى حتى يُكالَ عليه . ونحوَ هذا قال مالِكٌ ، فإنَّه قال : ما بيعَ من الطَّعامِ [٥] مُكايَلَةً ، أو مُوازَنَةً ، / لم يَجُزْ بَيْعُه قبلَ[٦] قَبْضِه ، وما بِيعَ مُجازَفَةً ، أو بيعَ من غيرِ الطَّعامِ مُكايَلَةً ، أو مُوازَنَةً ، جَازَ بَيْعُه قبلَ قَبْضِه . ووجهُ ذلك ، ما رَوَى الأَوْزاعِىُّ ، عن الزُّهْرِىِّ ، عن حَمْزَةَ بن عبدِ اللهِ بن عمرَ ، أنَّه سَمِعَ عبدَ اللهِ بنَ عمرَ يقول : مَضَتِ السُّنَّةُ أنَّ ما أدْرَكَتْهُ الصَّفْقَةُ حَيًّا مَجْمُوعًا ، فهو من مالِ المُبْتاعِ . رَواهُ البخارىُّ [٧] ، عن ابنِ عمرَ من قولِه تَعْليقًا . وقولُ الصَّحَابِىِّ مَضَتِ السُّنَّةُ . يقتضى سُنَّةَ النَّبِىِّ ﷺ . ولأنَّ المَبيعَ المُعَيَّنَ لا يَتَعَلَّقُ به [٨]حَقُّ تَوْفِيَتِه[٨] ، فكان من مالِ المُشْتَرِى ، كغيرِ المَكيلِ والمَوْزونِ . ونُقِلَ عن أحمدَ ، أنَّ المَطْعومَ لا يَجوزُ بَيْعُه قبلَ قَبْضِه ، سواءٌ كانَ مَكيلًا ، أو مَوْزُونًا ، أو لم يكُنْ . وهذا يَقْتَضِى أنَّ الطَّعامَ خاصَّةً لا يَدْخُلُ فى ضَمانِ المُشْتَرِى حتى يَقْبِضَهُ ، فإنَّ التِّرْمِذِىَّ رَوَى عن أحمدَ ، أنَّه أرْخَصَ فى بَيْعِ ما لا يُكالُ ولا يُوزَنُ ممَّا لا يُؤْكَلُ ولا يُشْرَبُ قبل قَبْضِه . وقال الأَثْرَمُ : سَأَلْتُ أبا عبدِ اللهِ عن قولِه : نَهَى عن رِبْحِ ما لم يُضْمَنْ[٩] . قال : هذا فى الطَّعامِ وما أشْبَهَه من مَأْكُولٍ أو مَشْرُوبٍ ، فلا يَبِيعُه حتى يَقْبِضَهُ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : الأَصَحُّ عن أحْمَدَ بنِ حَنْبَلٍ أنَّ الذى يُمْنَعُ من بَيْعِه [١٠]قبلَ قَبْضِهِ[١٠] هو الطَّعامُ ؛ وذلك لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الطَّعامِ قَبلَ قَبْضِهِ[١١] . فمَفْهومُهُ

٢٠٨/٤ ظ

---

(٥) فى الأصل : « طعام » .

(٦) فى م : « على » .

(٧) هو الذى تقدم .

(٨ – ٨) فى الأصل : « حتى توفيه » .

(٩) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع ماليس عندك وعن ربح ما لم يضمن ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٨/٢ .

(١٠ – ١٠) سقط من : الأصل .

(١١) أخرجه البخارى ، فى : ما يذكر فى بيع الطعام والحكرة ، وباب بيع الطعام قبل أن يقبض ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٨٩/٣ ، ٩٠ . ومسلم ، فى : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب =

إباحَةُ بَيْعِ ما سِوَاه قبلَ قَبْضِه . ورَوَى ابنُ عمرَ ، قال : رَأَيْتُ الذين يَشْتَرُونَ الطَّعَامَ مُجَازَفةً يُضْرَبُونَ على عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ أن يَبِيعُوه حتى يُؤْوُوهُ إلى رِحَالِهِم . وهذا نَصٌّ فى بَيْعِ المُعَيَّنِ . وعُمومُ قولِهِ عليه السلامُ : « مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حتى يَسْتَوْفِيَهُ » . مُتَّفَقٌ عليهما[١٢] . ولِمُسْلِمٍ[١٣] عن ابنِ عمرَ قال : كُنَّا نَشْتَرِى الطَّعَامَ من الرُّكْبانِ جُزافًا ، فنهانا رَسولُ اللهِ ﷺ أن نَبِيعَهُ حتى نَنْقُلَهُ من مَكانِه . وقال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على أنَّ مَنِ اشْتَرَى طَعامًا فليس له أن يَبِيعَه حتى يَسْتَوْفِيَهُ ، ولو دَخَلَ فى ضَمانِ المُشْتَرِى ، جازَ له بَيْعُه والتَّصرُّفُ فيه ، كما بعد القَبْضِ . وهذا يَدُلُّ على تَعْميمِ المَنْعِ فى كلِّ طَعامٍ ، مع تَنْصيصِه على المَبيعِ مُجازَفَةً بالمَنْعِ ، / وهو خِلافُ قولِ القاضى وأصْحابِه ، ويَدُلُّ بِمَفْهومِه على أنَّ ما عدا ٢٠٩/٤ و

= البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٦٠ . وأبو داود ، فى : باب فى بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٢ . والنسائى ، فى : باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٥١ ، ٢٥٢ . والإمام مالك ، فى : باب بيع العينة وما يشبهها ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦٤٠ .

(١٢) الأول أخرجه البخارى ، فى : باب ما يذكر فى بيع الطعام والحكرة ، وباب من رأى إذا اشترى طعاما جزافا أن لا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله والأدب فى ذلك ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/ ٨٩ ، ٩٠ . ومسلم ، فى : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٦١ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١٤٢ .

والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب الكيل على البائع والمعطى ، وباب ما يذكر فى بيع الطعام والحكرة ، وباب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/ ٨٨ - ٩٠ . ومسلم ، فى : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٢/ ١١٥٩ ، ١١٦٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٣/ ٢٥١ ، ٢٥٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الطعام حتى يستوفيه ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٩١ . والنسائى ، فى : باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٥١ ، ٢٥٢ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٤٩ . والإمام مالك ، فى : باب العينة وما يشبهها ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦٤٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٢ ، ٥٩ ، ٦٤ ، ٧٣ ، ٧٩ ، ١٠٨ ، ١١١ ، ٣/ ٣٩٢ ، ٤٠٢ ، ٤٠٣ .

(١٣) فى : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٦١ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب بيع المجازفة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٥٠ .

الطَّعامِ يُخالِفُه فى ذلك . وَوَجْهُ قولِ الخِرَقِىّ ، أنَّ الطَّعامَ المَنْهِىَّ عن بَيْعِه قبلَ قَبْضِه لا يَكادُ يَخْلُو من كونِه مَكيلًا ، أو مَوْزونًا ، أو مَعْدودًا ، فَتَعلُّقُ الحُكْمِ بذلك كَتَعلُّقِ رِبا الفَضْلِ به ، ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ المَكيلَ ، والمَوْزونَ ، والمَعْدودَ من الطَّعامِ[14] الذى وَرَدَ النَّصُّ بِمَنْعِ بَيْعِه ، وهذا أظْهَرُ دَليلًا وأحْسَنُ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه إن تَلِفَ المَبيعُ من ذلك قبلَ قَبْضِه بآفَةٍ سَماوِيَّةٍ ، بَطَلَ العَقْدُ ، ورَجَعَ المُشْتَرِى بالثَّمَنِ . وإن تَلِفَ بِفِعْلِ المُشْتَرِى ، اسْتَقَرَّ الثَّمَنُ عليه ، وكان كالقَبْضِ ؛ لأنَّه تَصَرَّفَ فيه . وإن أتْلَفَه أجْنَبِىٌّ ، لم يَبْطُلِ العَقْدِ ، على قِياسِ قولِه فى الجائِحَةِ ، ويَثْبُتُ لِلْمُشْتَرِى الخِيارُ بين الفَسْخِ والرُّجوعِ بالثَّمَنِ ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ فى يَدِ البائِعِ ، فهو كَحُدوثِ العَيْبِ فى يَدِه ، وبين البَقَاءِ على العَقْدِ ، ومُطالَبَةِ المُتْلِفِ بالمِثْلِ إن كان مِثْلِيًّا . وبهذا قال الشافِعِىُّ ، ولا أعلم فيه مُخالِفًا . وإن أتْلَفَه البائِعُ ، فقال أصحابُنا : الحُكْمُ فيه كما لو أتْلَفَهُ أجْنَبِىٌّ ؛ لأنَّه أتْلَفَه مَنْ يَلْزَمُه ضَمانُه ، فأشْبَه ما لو أتْلَفَهُ أجْنَبِىٌّ . وقال الشَّافِعِىُّ : يَنْفَسِخُ العَقْدُ ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى بالثَّمَنِ لا غيرُ ؛ لأنَّه تَلَفٌ يَضْمَنُه به البائِعُ ، فكان الرُّجوعُ عليه بالثَّمَنِ كالتَّلَفِ بِفِعْلِ اللهِ تعالَى . وفَرَّقَ أصحابُنا بينهما بكونِه إذا تَلِفَ بِفِعْلِ اللهِ تعالَى ، لم يُوجَدْ مُقْتَضٍ لِلضَّمانِ سوى حُكْمِ العَقْدِ ، بخِلافِ ما إذا أتْلَفَهُ ، فإنَّ إتلافَه يَقْتَضِى الضَّمانَ بالمِثْلِ ، وحُكْمُ العَقْدِ يَقْتَضِى الضَّمانَ بالثَّمَنِ ، فكانت الخِيَرَةُ إلى المُشْتَرِى فى التَّضْمينِ بأيِّهما شاءَ .

فصل : ولو تَعَيَّبَ فى يَدِ البائِعِ ، أو تَلِفَ بعضُهُ بأمْرٍ سَمَاوِىٍّ ، فالمُشْتَرِى مُخَيَّرٌ بين قَبولِهِ ناقِصًا ، ولا شىءَ له ، وبين فَسْخِ العَقْدِ والرُّجوعِ بالثَّمَنِ ؛ لأنَّه إن رَضِيَهُ مَعِيبًا ، [15]فكأنَّه اشْتَرَى مَعِيبًا[15] وهو عَالِمٌ بعَيْبِه ، ولا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا من أجلِ العَيْبِ . وإن فَسَخَ العَقْدَ ، لم يكُنْ له أكْثَرُ من الثَّمَنِ ؛ لأنَّه لو تَلِفَ المَبيعُ كلُّه ، لم يكن له أكْثَرُ من الثَّمَنِ ، فإذا تَعَيَّبَ ، أو تَلِفَ بعضُه ، كان أوْلَى . وإن تَعَيَّبَ بِفِعْلِ

---

(14) فى الأصل : « المطعوم » .

(15 - 15) سقط من : الأصل .

المُشْتَرِى ، أو تَلِفَ بعضُه ، لم يكن له / الفسخُ[16] لذلك ؛ لأنَّه أتْلَفَ مِلْكَه ، فلم يَرْجِعْ على غيرِهِ . وإن كانَ ذلك بِفِعْلِ البائِعِ ، فقِيَاسُ قولِ أصحابنا ، أنَّ المُشْتَرِىَ مُخَيَّرٌ بين الفَسْخِ والرُّجوعِ بالثَّمَنِ ، وبين أخْذِه ، والرُّجوعِ على البائِعِ بِعِوَضِ ما أتْلَفَ أو عِيبَ . وقِياسُ قولِ الشَّافِعِىِّ ، أن يكونَ بمَنْزِلَةِ ما لو تَلِفَ بِفِعْلِ اللهِ تعالَى . وإن كان بِفِعْلِ أجْنَبِىٍّ ، فله الخِيارُ بين الفَسْخِ ، والمُطالَبَةِ بالثمنِ ، وبين أخْذِ المَبيعِ ، ومُطالَبَةِ المُتْلِفِ بِعِوَضِ ما أتْلَفَ .

فصل : ولو باعَ شاةً بِشَعيرٍ ، فأكَلَتْهُ قبلَ قَبْضِه ، فإن كانت فى يَدِ المُشْتَرِى ، فهو كما لو أتْلَفَهُ ، وإن كانت فى يَدِ البائِعِ ، فهو بمَنْزِلَةِ إتْلافِه له[17] ، وكذلك إن كانت فى يَدِ أجْنَبِىٍّ ، فهو كإتْلافِه . فإن لم تكُنْ فى يَدِ أحدٍ ، انْفَسَخَ البَيْعُ ؛ لأنَّ المَبيعَ هَلَكَ قبل القَبْضِ بأمْرٍ لا يُنْسَبُ إلى آدَمِىٍّ ، فهو كتَلَفِه بِفِعْلِ اللهِ تعالَى .

فصل : ولو اشْتَرَى شاةً أو عَبْدًا أو شِقْصًا بِطَعامٍ ، فقَبَضَ الشَّاةَ أو العَبْدَ ، أو باعَهما ، أو أُخِذَ الشِّقْصُ بالشُّفْعَةِ ، ثم تَلِفَ الطَّعامُ قبلَ قَبْضِه ، انْفَسَخَ العَقْدُ الأوَّلُ دونَ الثانِى ، ولا يَبْطُلُ الأخْذُ بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّه كَمَلَ قبلَ فَسْخِ العَقْدِ ، ويَرْجِعُ مُشْتَرِى الطَّعامِ على مُشْتَرِى الشَّاةِ والعَبْدِ والشِّقْصِ بِقيمَةِ ذلك ؛ لِتَعَذُّرِ رَدِّه ، وعلى الشَّفِيعِ مِثْلُ الطَّعامِ ؛ لأنَّه عِوَضُ الشِّقْصِ .

٧٣٢ ـ مسألة ؛ قال : (وَمَا عَدَاهُ فَلَا يُحْتَاجُ فِيهِ إلَى قَبْضٍ ، وَإنْ تَلِفَ فَهُوَ مِنْ مَالِ المُشْتَرِى)

يَعْنِى ما عدا المَكيلَ ، والمَوْزونَ ، والمَعْدودَ ، فإنَّه يَدْخُلُ فى ضَمانِ المُشْتَرِى قبلَ قَبْضِه . وقال أبو حنيفةَ : كلُّ مَبيعٍ تَلِفَ[1] قبلَ قَبْضِه من ضَمانِ البائِعِ ، إلَّا

(١٦) فى م : « فسخ » .
(١٧) سقط من : الأصل .
(١) سقط من : الأصل .

العَقَارَ . وقال الشَّافِعِىُّ : كلُّ مَبيعٍ من ضَمانِ البائِعِ حتى يَقْبِضَهُ المُشْتَرِى . وحَكَى أبو الخَطَّابِ عن أحمدَ رِوايَةً أخرى كقولِه ؛ لأنَّ ابنَ عباسٍ قال : أَرَى كلَّ شىءٍ بمَنْزِلَةِ الطَّعامِ . ولأنَّ التَّسْليمَ واجِبٌ على البائِعِ ؛ لأنَّه فى يَدِهِ ، فإذا تَعَذَّرَ بتَلَفِه ، انْفَسَخَ العَقْدُ ، كالمَكيلِ ، والمَوْزونِ ، والمَعْدودِ . / ولنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « الخَرَاجُ بالضَّمانِ »[٢] . وهذا المَبيعُ نَماؤُه لِلمُشْتَرِى ، فَضمانُه عليه . وقولُ ابنِ عمرَ : مَضَتِ السُّنَّةُ أنَّ ما أدْرَكَتْهُ الصَّفْقَةُ حَيًّا مَجْمُوعًا فهو من مالِ المُبْتاعِ[٣] . ولأنَّه لا يَتَعَلَّقُ به حَقُّ تَوْفِيَةٍ ، وهو من ضَمانِه [٤]بعدَ القَبْضِ[٤] ، فكان من ضَمانِه قبلَه ، كالمِيراثِ . وتَخْصيصُ النَّبِىِّ ﷺ الطَّعامَ بالنَّهْىِ عن بَيْعِه قبل قَبْضِه دَليلٌ على مُخالَفَةِ غيرِه له .

٤/٢١٠ و

فصل : والمَبيعُ بِصِفَةٍ ، أو رُؤْيَةٍ مُتَقَدِّمَةٍ ، من ضَمانِ البائِعِ حتى يَقْبِضَهُ المُبْتاعُ ؛ لأنَّه يَتَعَلَّقُ به حقُّ[٥] تَوْفِيَةٍ ، فجَرَى مَجْرَى المَكيلِ ، والمَوْزونِ . قال أحمدُ : لو اشْتَرَى من رَجُلٍ عَبْدًا بِعَيْنِه ، فماتَ فى يَدِ البائِعِ ، فهو من مالِ المُشْتَرِى ، إلَّا أن يَطْلُبَه ، فيَمْنَعَه البائِعُ ، فهو ضامِنٌ لِقيمَتِه حين عَطِبَ . ولو حَبَسَهُ بِبَقِيَّةِ الثَّمنِ ، فهو غاصِبٌ ، ولا يكونُ رَهْنًا ، إلَّا أن يكونَ قد اشْتَرَطَ عليه فى نَفْسِ البَيْعِ[٦] الرَّهْنَ .

فصل : وقَبْضُ كلِّ شىءٍ بِحَسَبِهِ ، فإن كان مَكيلًا ، أو مَوْزونًا ، بيعَ كَيْلًا ، أو وَزْنًا ، فقَبْضُه بِكَيْلِه وَوَزْنِه . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، وقال أبو حنيفةَ : التَّخْلِيَةُ فى ذلك قَبْضٌ . وقد رَوَى أبو الخَطَّابِ عن أحْمَدَ رِوايَةً أخرى ، أنَّ القَبْضَ فى كلِّ

---

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨١ .

(٤ - ٤) فى م : « قبل قبضه » .

(٥) فى م : « حتى » .

(٦) سقط من : م .

شيءٍ بالتَّخْلِيَةِ مع التَّمْيِيزِ ؛ لأنَّه خَلَّى بَيْنَه وبين المَبيعِ من غير حائِلٍ ، فكان قَبْضًا له ، كالعَقَارِ . ولنا ، ما رَوَى أبو هريرةَ[(٧)] ، أنَّ رَسولَ اللهِ ﷺ قال : « إذا بِعْتَ فَكِلْ ، وإذا ابْتَعْتَ فَاكْتَلْ » . رَواهُ البُخارِىُّ[(٨)] . وعن النَّبِىِّ ﷺ أنَّه نَهَى عن بَيْعِ الطَّعامِ حتى يَجْرِىَ فيه الصَّاعانِ ؛ صاعُ البائِعِ ، وصاعُ المُشْتَرِى . رَواهُ ابن ماجَه[(٩)] ، وهذا فيما بيعَ كَيْلًا . وإن بِيعَ جُزافًا ، فقَبْضُه نَقْلُه ؛ لأنَّ ابنَ عمرَ قال : كانوا يُضْرَبون على عَهْدِ رَسولِ اللهِ ﷺ ، إذا اشْتَرَوْا طَعامًا جُزافًا ، أن يَبِيعوه فى مَكانِه حتى يُحَوِّلوهُ . وفى لَفْظٍ : كُنَّا نَبْتاعُ الطَّعامَ جُزافًا ، فَبَعثَ علينا من يَأْمُرُنا بِانْتِقالِه من مَكانِه الذى ابْتَعْناهُ إلى مكانٍ سِواه قبلَ أن نَبيعَهُ . وفى لَفْظٍ : كُنَّا نَشْتَرِى الطَّعامَ / من الرُّكْبانِ جُزافًا ، فنَهانا رَسولُ اللهِ ﷺ أن نَبيعَهُ حتى نَنْقُلَهُ . رَوَاهُنَّ مُسْلِمٌ[(١٠)] . وهذا يُبَيِّنُ أنَّ الكَيْلَ إنَّما وَجَبَ فيما بِيعَ بالكَيْلِ ، وقد دَلَّ على ذلك أيضًا قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « إذا سَمَّيْتَ الكَيْلَ فَكِلْ » . رَواهُ الأَثْرَمُ[(١١)] . وإن كان المَبيعُ دراهمَ أو دنانيرَ ، فقَبْضُها باليَدِ . وإن كان ثِيابًا[(١٢)] ، فقَبْضُها[(١٣)] نَقْلُها . وإن كان حَيَوانًا ، فقَبْضُه تَمْشِيَتُه من مَكانِه . وإن كان ممَّا لا يُنْقَلُ ويُحَوَّلُ ، فقَبْضُهُ

٤/٢١٠ ظ

---

(٧) كذا أورد المؤلف ، ورواية هذا الحديث باللفظ الآتى ، فى مصادر التخريج التالية عن عثمان رضى الله عنه ، وليست عن أبى هريرة ، ولكن الهيثمى ذكر فى مجمع الزوائد ٩٩/٤ أن لأبى هريرة فى الصحيح النهى عن بيع الطعام حتى يكتاله . وانظر أيضا فتح البارى ٣٤٤/٤ ، ٣٤٥ .

(٨) أى تعليقا ، فى : باب الكيل على البائع والمعطى ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٨٨/٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٧٥/١ . والبيهقى ، فى : باب الرجل يبتاع طعاما كيلا ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣١٥/٥ ، ٣١٦ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٨/٣ .

(٩) فى : باب النهى عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض ، من كتاب التجارات ٧٥٠/٢ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب الرجل يبتاع طعاما كيلا ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣١٦/٥ . والدارقطنى ، من كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٨/٣ .

(١٠) تقدم تخريج هذه الروايات فى صفحة ١٨٣ .

(١١) وأخرجه ابن ماجه ، فى : باب بيع المجازفة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٠/٢

(١٢) فى م زيادة : « باليد » .

(١٣) فى م : « فقبضتها » .

التَّخْلِيَةُ بينه وبين مُشْتَرِيه لا حائِلَ دونَه . وقد ذكَرَهُ الخِرَقِيُّ في باب الرَّهْنِ ، فقال : إن كان ممَّا يُنقَلُ ، فقَبْضُه أخْذُه إيَّاه من راهِنِه مَنقولًا ، وإن كان ممَّا لا يُنقَلُ ، فقَبْضُه تَخْلِيَةُ راهِنِه بينَه وبينَ مُرْتَهِنِه لا حائِلَ دونَه . ولأنَّ القَبْضَ مُطْلَقٌ في الشَّرْعِ ، فيَجِبُ الرُّجوعُ فيه إلى العُرْفِ ، كالإِحْرازِ ، والتَّفَرُّقِ . والعَادَةُ في قَبْضِ هذه الأشْياءِ ما ذَكَرْنا .

فصل : وأُجْرَةُ الكَيَّالِ والوَزَّانِ في المَكيلِ والمَوْزونِ على البائِعِ ؛ لأنَّ عليه تَقْبيضَ المَبيعِ لِلْمُشْتَرِى ، والقَبْضُ لا يَحْصُلُ إلَّا بذلك ، فكان على البائع ، كما أنَّ على بَائِعِ الثَّمَرَةِ سَقْيَها ، وكذلك أُجْرَةُ الذى يَعُدُّ المَعْدودَاتِ . وأمَّا نَقْلُ المَنْقُولاتِ ، وما أشبهه ، فهو على المُشْتَرِى ؛ لأنَّه لا يَتَعَلَّقُ به حَقُّ تَوْفِيَةٍ . نَصَّ عليه أحمدُ .

فصل : ويَصِحُّ القَبْضُ قبلَ نَقْدِ الثَّمَنِ وبعدَهُ ، باخْتِيارِ البائِعِ ، وبغيرِ اخْتِيارِه ؛ لأنَّه ليس للبائِعِ حَبْسُ المَبيعِ على قَبْضِ الثَّمَنِ ، ولأنَّ التَّسْليمَ من مُقْتَضَياتِ العَقْدِ ، فمتى وُجِدَ بعدَه وَقَعَ مَوْقِعَهُ ، كَقَبْضِ الثَّمَنِ .

٧٣٣ – مسألة ؛ قال : (وَمَنِ اشْتَرَى مَا يَحْتَاجُ إلى قَبْضِه ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُه حَتَّى يَقْبِضَهُ)

قد ذَكَرْنا الذى لا يَحْتاجُ إلى قَبْضٍ ، والخِلافَ فيه . وكُلُّ ما يَحْتاجُ إلى قَبْضٍ إذا اشْتَراهُ ، لم يَجُزْ بَيْعُه حتى يَقْبِضَه ؛ لقول النَّبِيِّ ﷺ : « مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا ، فلا يَبِعْه حتى يَسْتَوْفِيَهُ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ولأنَّه من ضَمانِ بائِعِه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه[2] ، كالسَّلَمِ ، ولم أعْلَمْ [3]في هذا[3] خِلافًا ، إلَّا ما حُكِىَ عن البَتِّىِّ ، / أنَّه قال : لا بَأْسَ ٤/٢١١ و

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٣ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ – ٣) في م : « بين أهل العلم » .

بِبَيْعِ كلِّ شيءٍ قبلَ قَبْضِه . وقال[4] ابنُ عَبْدِ البَرِّ : وهذا قولٌ مَرْدودٌ بالسُّنَّةِ والحُجَّةِ المُجْمِعَةِ على الطَّعامِ ، وأظنُّه لم يَبْلُغْه هذا[5] الحَديثُ ، ومثلُ هذا لا يُلْتَفَتُ إليه . وأمَّا غيرُ ذلك ، فيَجوزُ بَيْعُه قبل قَبْضِه فى أظْهَرِ الرِّوايَتَيْنِ ، ويُرْوَى مثلُ هذا عن عُثْمانَ بنِ عَفَّانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وسَعِيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، والحَكَمِ ، وحَمَّادٍ ، والأَوْزاعِىِّ ، وإسحاقَ . وعن أحمدَ رِوايَةٌ أُخرَى ، لا يَجوزُ بَيْعُ شيءٍ قبلَ قَبْضِه[6] . اخْتارَها ابنُ عَقِيلٍ . ورُوِىَ ذلك عن ابنِ عباسٍ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ ، إلَّا أنَّ أبا حنيفةَ أجازَ[7] بَيْعَ العَقارِ قبلَ قَبْضِه ، واحْتَجُّوا [8]بنَهْىِ النَّبِىِّ ﷺ عن بَيْعِ الطَّعامِ قبلَ قَبْضِه[8] ، وبما رَوَى أبو داودَ[9] ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى أن تُباعَ السِّلَعُ حيث تُبْتاعُ حتى يَحُوزَها التُّجَّارُ إلى رِحالِهِمْ . ورَوَى ابنُ ماجَه[10] أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن شِراءِ الصَّدَقاتِ حتى تُقْبَضَ . ورُوِىَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ لما بَعَثَ عَتَّابَ بنَ أَسِيدٍ إلى مَكَّةَ ، قال : « انْهَهُمْ عن بَيْعِ ما لم يَقْبِضُوا[11] ، وعن رِبْحِ ما لم يَضْمَنُوا[12] » . ولأنَّه لم يَتِمَّ المِلْكُ عليه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كغيرِ المُتَعَيَّنِ ،

---

(٤) سقطت الواو من : الأصل .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) فى الأصل : « القبض » .

(٧) فى الأصل : « اختار » .

(٨ – ٨) سقط من : الأصل .

والحديث تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٢ .

(٩) فى : باب فى بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥/١٩١ . والبيهقى ، فى : باب قبض ما ابتاعه جزافا ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/٣١٤ .

(١٠) فى : باب النهى عن شراء ما فى بطون الأنعام ... ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤٠ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٤٢ .

(١١) فى م : « يقبضوه » .

(١٢) فى م : « يضمنوه » .

والحديث أخرجه البيهقى ، فى : باب النهى عن بيع ما لم يقبض وإن كان طعاما ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/٣١٣ .

أو كالمَكيلِ ، والمَوْزونِ . ولنا ، ما رَوَى ابنُ عمرَ ، قال : كُنَّا نَبيعُ الإِبِلَ بالبَقيعِ بالدَّراهمِ ، فنَأْخُذُ بَدَلَ الدَّراهمِ الدَّنانيرَ ، ونَبيعُها بالدَّنَانيرِ ، فنَأْخُذُ بَدَلَها الدَّرَاهِمَ ، فسأَلْنا النَّبيَّ ﷺ عن ذلك ، فقال : « لا بَأْسَ ، إذا تَفَرَّقْتُما ولَيْسَ بَيْنَكُما شَيْءٌ »[١٣] . وهذا تَصرُّفٌ فى الثَّمنِ قبلَ قَبْضِه ، وهو أحدُ العِوَضَيْنِ . ورَوَى ابنُ عمرَ أنَّه كان على بَكْرٍ[١٤] صَعْبٍ - يعنى لِعُمَرَ - فقال النَّبيُّ ﷺ لعمرَ : « بِعْنِيهِ » . فقال : هو لك يا رسولَ اللهِ . فقال النَّبيُّ ﷺ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ اللهِ بْنَ عُمَرَ ، فَاصْنَعْ بِهِ مَا شِئْتَ »[١٥] . وهذا ظَاهِرُه التَّصرُّفُ فى المَبيعِ بالهِبَةِ قبلَ قَبْضِه . واشْتَرَى من جَابِرٍ جَمَلَهُ ، ونَقَدَهُ ثَمَنَهُ ، ثم وَهَبَهُ إيَّاهُ قبلَ قَبْضِه[١٦] . ولأنَّه أحَدُ نَوْعَيِ المَعْقودِ عليه ، فجازَ التَّصرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه ، كالمَنافِعِ فى الإِجارَةِ ، فإنَّه يَجوزُ له إجارَةُ العَيْنِ المُسْتأْجَرَةِ قبلَ قَبْضِ المَنافِعِ . ولأنَّه مَبيعٌ لا يَتَعلَّقُ به حَقُّ[١٧] تَوْفِيَةٍ ، فصَحَّ بَيْعُه ، كالمالِ فى يَدِ مُودِعِه ، أو مُضارِبِه . فأمَّا أحادِيثُهم ، فقد قيلَ / ٢١١/٤ ظ : لم يَصِحَّ منها إلَّا حَديثُ الطَّعامِ ، وهو حُجَّةٌ لنا بمَفْهومِه ، فإنَّ تَخْصيصَه الطَّعامَ بالنَّهْيِ عن بَيْعِه قبل قَبْضِه ، يَدُلُّ على إباحَةِ ذلك فيما سِوَاه . وقولُهم : لم يَتِمَّ المِلْكُ عليه ، مَمْنُوعٌ ، فإنَّ السَّبَبَ المُقْتَضِيَ لِلْمِلْكِ مُتَحقِّقٌ ، وأكْثَرُ ما فيه[١٨] تَخلُّفُ

---

(١٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١٠٧ .

(١٤) البَكْر : الفَتِيُّ من الإبل .

(١٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥ .

(١٦) حديث جابر أخرجه البخارى ، فى : باب شراء الدواب والحمير ، من كتاب البيوع ، وباب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز ، من كتاب الشروط ، وباب من ضرب دابة غيره فى الغزو ، من كتاب الجهاد . صحيح البخارى ٨١/٣ ، ٢٤٨ ، ٣٦/٤ . ومسلم ، فى : باب استحباب نكاح البكر ، من كتاب الرضاع ، وباب بيع البعير واستثناء ركوبه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٠٨٩/٢ ، ١٢٢١/٣ ، ١٢٢٢ ، ١٢٢٣ . والنسائى ، فى : باب البيع يكون فيه الشرط فيصح البيع والشرط ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦١/٧ ، ٢٦٢ .

(١٧) فى م : « حتى » .

(١٨) سقط من : « الأصل » .

القَبْضِ ، واليَدُ ليست شَرْطًا فى صِحَّةِ البَيْعِ ، بِدَليلِ جَوازِ بَيْعِ المالِ المُودَعِ ، والمَوْرُوثِ ، والتَّصرُّفِ فى الصَّدَاقِ ، وعِوَضِ الخُلْعِ عندَ أبى حنيفةَ .

فصل : وما لا يجوزُ بَيْعُه قبلَ قَبْضِه ، لا يجوزُ بَيْعُه لبائِعِه ؛ لِعُمومِ الخَبَرِ فيه . قال القاضى : ولو ابْتاعَ شَيْئًا مِمَّا يَحتاجُ إلى قَبْضٍ ، فلَقِيَهُ بِبَلَدٍ آخَرَ ، لم يكنْ له مُطَالَبَتُه ، ولا أخْذُ بَدَلِه ، وإن تَرَاضَيا ؛ لأنَّه مَبيعٌ لم يُقْبَضْ . فإن كان مِمَّا لا يَحْتاجُ إلى قَبْضٍ ، جازَ أخْذُ البَدَلِ عنه . وإن كان فى سَلَمٍ ، لم يَجُزْ أخْذُ البَدَلِ عنه ؛ لأنَّه أيضًا لا يَجوزُ بَيْعُه .

فصل : وكلُّ عِوَضٍ مُلِكَ بِعَقْدٍ يَنْفَسِخُ بهَلاكِه قبلَ القَبْضِ ، لم يَجُزِ التَّصرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه ، كالذى ذَكَرْنَا . والأُجْرَةُ ، وبَدَلُ الصُّلْحِ ، إذا كانا من المَكيلِ ، أو المَوْزونِ ، أو المَعْدودِ ، وما لا يَنْفَسِخُ العَقْدُ بِهَلاكِه ، جازَ التَّصرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه[19] ، كَعِوَضِ الخُلْعِ ، والعِتْقِ على مالٍ ، وبَدَلِ الصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ ، وأَرْشِ الجِنايَةِ ، وقِيمَةِ المُتْلَفِ ؛ لأنَّ المُطْلِقَ للتَصرُّفِ[20] المِلْكُ ، وقد وُجِدَ . لكنَّ ما يُتَوَهَّمُ فيه غَرَرُ الانْفِساخِ بهَلَاكِ المَعْقودِ عليه ، لم يَجُزْ بِناءُ عَقْدٍ آخَرَ عليه ؛ تَحَرُّزًا من الغَرَرِ . وما لا يُتَوَهَّمُ فيه ذلك الغَرَرُ ، انْتَفَى المانِعُ ، فجازَ العَقْدُ عليه ، وهذا قولُ أبى حنيفةَ . والمَهْرُ كذلك عندَ القاضى ، وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ العَقْدَ لا يَنْفَسِخُ بهَلاكِه . وقال الشافِعِىُّ : لا يَجوزُ التَّصرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه . وذكَرَهُ[21] أبو الخَطَّابِ فى غيرِ المُتَعَيِّنِ[22] ؛ لأنَّه يَخْشَى رُجوعَه بانْتِقاضِ سَبَبِه بالرِّدَّةِ قبلَ الدُّخولِ ، أو انْفِساخَه بِسَبَبٍ من جِهَةِ المَرْأَةِ ، أو نِصْفِه بالطَّلاقِ ، أو انْفِساخِهِ بِسَبَبٍ من غيرِ جِهَتِها . وكذلك قالَ الشَّافِعِىُّ فى عِوَضِ الخُلْعِ . وهذا التَّعْليلُ باطِلٌ

---

(١٩) فى الأصل : « القبض » .

(٢٠) فى م : « لتصرف » .

(٢١) فى م : « ووافقه » .

(٢٢) فى الأصل : « المعين » .

٢١٢/٤ و بما بعدَ القَبْضِ ، فإنَّ قَبْضَه لا يَمْنَعُ / الرُّجوعَ فيه قبلَ الدُّخولِ . وأمَّا ما مُلِكَ بإرْثٍ ، أو وَصِيَّةٍ ، أو غَنِيمَةٍ ، وتَعَيَّنَ مِلْكُه فيه ، فإنَّه يَجوزُ له التَّصرُّفُ فيه بالبَيْعِ وغيرِهِ قبلَ قَبْضِه ؛ لأنَّه غيرُ مَضْمونٍ بعَقْدِ مُعاوَضَةٍ ، فهو كالمَبيعِ المَقْبوضِ ، وهذا مذهبُ أبي حنيفةَ ، والشَّافِعِيِّ ، ولا أعْلَمُ عن غيرِهم خِلافَهم . وإن كانَ لإنْسانٍ فى يَدِ غيرِه وَديعَةٌ ، أو عارِيَّةٌ ، أو مُضارَبةٌ ، أو جَعَلَهُ وَكيلًا فيه ، جازَ له بَيْعُه ممَّنْ هو فى يَدِه ، ومن غيرِهِ ؛ لأنَّه عينُ مالٍ مَقْدُورٌ على تَسْليمِها ، لا يُخْشَى انْفِساخُ المِلْكِ فيها ، فجازَ بَيْعُها ، كالتى فى يَدِه . وإن كان غَصْبًا ، جازَ بَيْعُه ممَّنْ هو فى يَدِه ؛ لأنَّه مَقْبوضٌ معه ، فأشْبَهَ بَيْعَ العارِيَّةِ ممَّنْ هى فى يَدِه . وأمَّا بَيْعُهُ لغيرِهِ ، فإن كان عَاجِزًا عن اسْتِنْقاذِهِ ، أو ظَنَّ أنَّه عاجِزٌ ، لم يَصِحَّ شِراؤُه له ؛ لأنَّه مَعْجوزٌ عن تَسْليمِهِ إليه ، فأشْبَهَ بَيْعَ الآبِقِ والشَّارِدِ . وإن ظَنَّ أنَّه قادِرٌ على اسْتِنْقاذِهِ ممَّنْ هو فى يَدِه ، صَحَّ البَيْعُ ؛ لإمْكانِ قَبْضِه . فإن عَجَزَ عن اسْتِنْقاذِه ، فله الخِيارُ بين الفَسْخِ ، والإمْضاءِ ؛ لأنَّ العَقْدَ صَحَّ لكونِه مَظْنونَ القُدْرَةِ على قَبْضِه . ويَثْبُتُ له الفَسْخُ ؛ لِلْعَجْزِ عن القَبْضِ ، فأشْبَهَ ما لو باعَه فَرَسًا ، فشَرَدَتْ قبلَ تَسْليمِها ، أو غائِبًا بالصِّفَةِ ، فعَجَزَ عن تَسْليمِه .

فصل : وإن كان لِزَيْدٍ على رَجُلٍ طَعامٌ من سَلَمٍ ، وعليه لِعَمْرٍو مثلُ ذلك الطَّعامِ سَلَمًا ، فقال زَيْدٌ لِعَمْرٍو : اذْهَبْ فَاقْبِضِ الطَّعامَ الذى لى من غَرِيمِى لِنَفْسِك . ففَعَلَ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يُقْبِضَهُ قبلَ أن يَقْبِضَهُ . وهل يَصِحُّ لِزَيْدٍ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحداهما ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه أذِنَ له فى القَبْضِ ، فأشْبَهَ قَبْضَ وَكِيلِه . والثانيةُ ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لم يَجْعَلْه نَائِبًا له فى القَبْضِ ، فلم يَقَعْ له ، بخِلَافِ الوَكيلِ . فعلَى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يَصيرُ مِلْكًا لِزَيْدٍ ، وعلى الثانى ، يكون بَاقِيًا على مِلْكِ المُسَلَّمِ إليه . ولو قال زَيْدٌ لِعَمْرٍو : احْضُرِ اكْتِيالِى منه لأقْبِضَه لك . ففَعَلَ ، لم يَصِحَّ . وهل يكونُ قَابِضًا لِنَفْسِه ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أوَّلُهما ، أنَّه يكونُ قابِضًا لِنَفْسِه ؛ لأنَّ قَبْضَ

٢١٢/٤ ظ المُسَلَّمِ فيه / قد وُجِدَ من مُسْتَحِقِّه ، فصَحَّ القَبْضُ له ، كما لو نَوَى القَبْضَ لِنَفْسِهِ . فعلَى هذا ، إذا قَبَضَهُ لِعَمْرٍو ، صَحَّ . وإن قال : خُذْهُ بهذا الكَيْلِ الذى قد شاهَدْتَه

فأَخذَه به ، صَحَّ ؛ لأَنَّه قد شاهَدَ كَيْلَه ، وعَلِمَهُ ، فلا مَعْنَى لِاعْتِبارِ كَيْلِه مَرَّةً ثانِيةً .
وعنه لا يُجْزِئُ . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الطَّعامِ حتى
يَجْرِيَ فيه الصَّاعانِ[٢٣] . وهذا داخِلٌ فيه . ولأَنَّه قَبَضَهُ بغيرِ كَيْلٍ ، أَشْبَه ما لو
قَبَضَهُ جُزافًا . ولو قال زَيْدٌ لِعَمْرٍو : احْضُرْنا حتى أَكْتالَهُ لِنَفْسِي ، ثم تَكْتالُه أنتَ .
وفَعَلا ، صَحَّ بغيرِ إشْكالٍ . وإنِ اكْتالَهُ زَيْدٌ لِنَفْسِه ، ثم أَخذَهُ عَمْرٌو بذلك الكَيْلِ
الذى شاهَدَه ، فعلى الرِّوَايَتَيْنِ[٢٤] . وإن تَرَكَهُ زَيْدٌ فى المِكْيالِ ،ودَفَعَهُ إلى عَمْرٍو
لِيُفْرِغَهُ لِنَفْسِه ، صَحَّ ، وكان ذلك قَبْضًا صَحِيحًا ؛ لأَنَّ اسْتِدامَةَ الكَيْلِ بمَنْزِلَةِ
ابْتِدائِه ، ولا مَعْنَى لِابْتِداءِ الكَيْلِ هٰهُنا ، إذ لا يَحْصُلُ به زِيادَةُ عِلْمٍ . وقال أصحابُ
الشَّافِعِيِّ : لا يَصِحُّ ؛ لِنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عن بَيْعِ الطَّعَامِ حتى يَجْرِيَ فيه الصَّاعانِ .
وهذا يمكنُ القولُ بمُوجَبِهِ ، وقَبْضُ المُشْتَرِى له فى المِكْيالِ جَرْىٌ لِصاعَيْهِ فيه .
ولو دَفَعَ زَيْدٌ[٢٥] إلى عَمْرٍو دراهمَ ، فقال : اشْتَرِ لك بها مثلَ الطَّعامِ الذى لك
عَلَيَّ . ففَعَلَ ، لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّ دراهمَ زَيْدٍ لا يكونُ عِوَضُها لِعَمْرٍو . فإن اشْتَرَى
الطَّعامَ بِعَيْنِها ، أو فى ذِمَّتِه ، فهو كتَصَرُّفِ الفُضولِيِّ على ما تَبَيَّنَ . وإن قال : اشْتَرِ
لى بها طَعامًا ، ثم اقْبِضْهُ لِنفسِكَ ، ففَعَلَ ، صَحَّ الشِّراءُ ، ولم يَصِحَّ القَبْضُ لِنَفْسِه ،
على ما تَقَدَّمَ فى مثل هذه الصُّورَةِ . وإن قال : اقْبِضْهُ لِنَفْسِكَ ، ففَعَلَ ، جازَ . نَصَّ
أَحْمَدُ على نَظِيرِ ذلك ، وهكذا جَمِيعُ المَسائِلِ التى تَقَدَّمَتْ ، إذا حَصَلَ الطَّعامُ فى
يَدِ عمرٍو[٢٦] لِزَيْدٍ ، فأَذِنَ له أن[٢٧] يَقْبِض من نَفْسِه . وقال أصحابُ الشَّافِعِيِّ :
لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّه لا يجوزُ أن يكونَ قَابِضًا لِنَفْسِه من نَفْسِهِ . ولنا ، أَنَّه يجوزُ أَنْ يَشْتَرِىَ

---

(٢٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٧
(٢٤) فى م : « روايتين » .
(٢٥) سقط من : الأصل .
(٢٦) فى م : « عمر » .
(٢٧) فى م : « أنى » .

لِنَفْسِه من مالِ وَلَدِه ، ويَقْبِضَ لِنَفْسِه من نَفْسِه ، [٢٨]وكذلك لو وَهَبَ لِوَلَدِه الصَّغِيرِ شَيْئًا ، جازَ أنْ يَقْبَلَ له[٢٨] من نَفْسِه ، / ويَقْبِضَ منها ، فكذا هٰهُنا . ٢١٣/٤ و

فصل : وإن اشْتَرَى اثْنانِ طَعامًا ، فَقَبضاه ، ثم باعَ أحَدُهُما الآخَرَ[٢٩] نَصِيبَه قبلَ أنْ يَقْتَسِماه ، احْتَمَلَ أنْ لا يجوزَ ذلك . وهو قولُ الحَسَنِ ، وابنِ سِيرِينَ ، كَرِها أنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ مِن شَرِيكِه شَيْئًا ، ممَّا يُكالُ أو يُوزَنُ ، قبل أنْ يَقْتَسِماه . لأنَّه لم يَقْبِضْ نَصِيبَه مُنْفَرِدًا ، فأشْبَه غيرَ المَقْبُوضِ . ويَحْتَمِلُ الجوازَ ؛ لأنَّه مَقْبُوضٌ لهما ، يجوزُ بَيْعُه لأجْنَبِيٍّ ، فجازَ بَيْعُه لِشَرِيكِه ، كسائِرِ الأمْوالِ . فإنْ تَقاسَماه ، وتَفَرَّقا ، ثم باعَ أحَدُهما نَصِيبَه بذلك الكَيْلِ الذى كَالَه ، لم يَجُزْ . كما لو اشْتَرَى من رَجُلٍ طَعامًا ، فاكْتالَه ، وتَفَرَّقا ، ثم باعَه إيَّاه بذلك الكَيْلِ . وإنْ لم يَتَفَرَّقا ، خُرِّج على الرِّوايَتَيْنِ اللَّتَيْنِ تَقَدَّمَتا .

٧٣٤ – مسألة ؛ قال : (وَالشَّرِكَةُ فِيهِ والتَّوْلِيَةُ والْحَوَالَةُ بِهِ كَالْبَيْعِ)

وجُمْلَتُه ، أنَّ ما يَحْتاجُ إلى القَبْضِ لا تجوزُ الشَّرِكَةُ فيه ، ولا تَوْلِيَتُه ، ولا الحَوالَةُ به قبلَ قَبْضِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ والشَّافِعِيُّ . وقال مالِكٌ : يجوزُ هذا كلُّه فى الطَّعامِ قَبل قَبْضِه ؛ لأنَّها تَخْتَصُّ بمثلِ الثَّمَنِ الأوَّلِ ، فجازَتْ قبلَ القَبْضِ ، كالإقالَةِ . ولَنا ، أنَّ هذه أنْواعُ بَيْعٍ ، فتَدْخُلُ فى عُمُومِ النَّهْىِ عن بَيْعِ الطَّعامِ قَبلَ أنْ يَسْتَوْفِيَهُ ، فإنَّ الشَّرِكَةَ بَيْعُ بعضِ المَبِيعِ بِقِسْطِه من ثَمَنِه ، والتَّوْلِيَةَ بَيْعُ جَمِيعِه بمثلِ ثَمَنِه . ولأنَّه تَمْلِيكٌ لغيرِ مَن هو فى ذِمَّتِه ، فأشْبَه البَيْعَ . وفارَقَ الإقالَةَ ، فإنَّها فَسْخٌ لِلْبَيْعِ ، فأشْبَهَتِ الرَّدَّ بالعَيْبِ . وكذلك لا تَصِحُّ هِبَتُه ولا رَهْنُه ولا دَفْعُه أُجْرَةً ، ولا ما أشْبَهَ ذلك من التَّصَرُّفاتِ المُفْتَقِرَةِ إلى القَبْضِ ؛ لأنَّه غيرُ مَقْبُوضٍ ، فلا سَبِيلَ إلى إقْباضِه .

(٢٨ – ٢٨) فى الأصل : « ولولده » .

(٢٩) فى م : « للآخر » .

فصل : وأما التَّوْلِيَةُ والشَّرِكَةُ فيما يَجوزُ بَيْعُه فجائِزانِ ؛ لأنَّهما نَوْعانِ من أنْواعِ البَيْعِ ، وإنَّما اخْتصَّا بأسْماءٍ ، كما اخْتَصَّ بَيْعُ المُرابَحَةِ والمُواضَعَةِ بأسْماء . فإذا اشْتَرَى شَيْئًا فقال له رَجُلٌ : أشْرِكْنِي في نِصفِه بِنِصْفِ الثَّمَنِ . فقال : أشْرَكْتُكَ . صَحَّ ، وصارَ[1] مُشْتَرَكًا بينهما . وإنْ قال : وَلِّنِي ما اشْتَرَيْتَه بالثَّمَنِ فقال : وَلَّيْتُكَ . صَحَّ ، إذا كان الثَّمَنُ / مَعْلُومًا لهما . فإنْ جَهِلَهُ أحَدُهما ، لم يَصِحَّ ، كما لو باعَه بالرَّقْمِ . ولو قال : أشْرِكْنِي فيه . أو قال : الشَّرِكَةُ فيه[2] . فقال : أشْرَكْتُكَ . أو قال : وَلِّنِي ما اشْتَرَيْت . ولم يَذْكُرِ الثَّمَنَ ، صَحَّ إذا كان الثَّمَنُ مَعْلُومًا ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ تَقْتَضِي ابْتِياعَ جُزْءٍ منه بقِسْطِهِ من الثَّمَنِ ، والتَّوْلِيَةَ ابْتِياعَه بمِثْلِ الثَّمَنِ ، فإذا أُطْلِق اسمُه انْصَرَفَ إليه ، كما لو قال : أقِلْنِي . فقال : أقَلْتُكَ . وفي حَدِيثٍ عن زُهْرَةَ ابنِ مَعْبَدٍ ، [3]أنّه كان يَخْرُجُ[3] به جَدُّه[4] عبدُ الله بن هِشَامٍ إلى السُّوقِ ، فيَشْتَرِي الطَّعَامَ ، فيَلْقاهُ[5] ابنُ عمرَ وابنُ الزُّبَيْرِ ، فيقولانِ له : أشْرِكْنا ؛ فإنَّ النبيَّ ﷺ دَعا لك بالبَرَكَةِ . فيُشْرِكُهُم ، فربَّما أصابَ الرَّاحِلَةَ كما هي ، فيَبْعَثُ بها إلى المَنْزِلِ . ذكره البُخارِيُّ[6] . ولو اشْتَرَى شَيْئًا ، فقال له رَجُلٌ : أشْرِكْنِي . فشَرَكَهُ[7] ، انْصَرَفَ إلى نِصْفِه ؛ لأنَّها بإطْلاقِها تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ . فإنْ اشْتَرَى اثْنانِ عَبْدًا ، فاشْتَرَكا فيه ، فقال لهما رَجُلٌ : أشْرِكانِي فيه . فقالا : أشْرَكْناكَ . احْتَمَلَ أنْ يكونَ له النِّصْفُ ؛ لأنَّ اشْتِراكَهُما[8] لو كان من كلِّ واحِدٍ منهما مُنْفَرِدًا كان له النِّصْفُ ، فكذلك

٢١٣/٤ ظ

---

(١) في الأصل : « وكان » .

(٢) سقط من : « الأصل » .

(٣ – ٣) في الأصل : « ويخرج » .

(٤) سقط من : م .

(٥) في م : « فيتلقاه » .

(٦) في : باب الشركة في الطعام وغيره ، من كتاب الشركة . صحيح البخاري ٣/١٨٤ .

(٧) في م هنا وفيما يلي : « فأشركه » .

(٨) في م : « إشراكهما » .

حالَ الاجْتِماعِ . ويَحتَمِل أنْ يكونَ له الثُّلُثُ ؛ لأنَّ الاشْتِراكَ يُفِيدُ التَّساوِىَ ، ولا يَحْصُلُ التَّساوِى إلَّا بِجَعْلِه بينهم أثْلاثًا . وهذا أصَحُّ ؛ لأنَّ اشْتِرَاكَ[9] الواحِدِ إنّما اقْتَضَى النِّصْفَ ؛ لِحُصُولِ التَّسْوِيَةِ به . وإنْ شَرَكَهُ كلُّ واحِدٍ منهما مُنْفرِدًا ، كان له النِّصْفُ ، ولكلِّ واحد منهما الرُّبْعُ . وإنْ قال : أشْرِكانِى فيه . فشَرَكَهُ أحَدُهما ، فعلَى الوَجْهِ الأوَّلِ يكونُ له نِصْفُ حِصَّةِ الذى شَرَكَه وهو الرُّبْعُ ، وعلى الآخَرِ له السُّدُسُ ؛ لأنّ طَلَبَ الشَّرِكَةِ منهما يَقْتَضِى طَلَبَ ثُلُثِ ما فى يَدِ كلِّ واحِدٍ منهما ؛ ليكونَ مُساوِيًا لهما . فإذا أجابَه أحَدُهما ثَبَتَ له المِلْكُ فيما طَلَبَ منه . [10]وإنْ قال له أحَدُهما : أشْرَكْناكَ . انْبَنَى على تَصَرُّفِ الفُضُولِىِّ [10] . فإنْ قُلْنا : يَقِفُ على الإجازَةِ من صاحِبه . فأجازَه ، فهل يَثْبُتُ له المِلْكُ فى نِصْفِهِ أو فى ثُلُثِه ؟ على الوَجْهَيْنِ . ولو قال لأحَدِهما : أشْرِكْنِى فى نِصفِ هذا العَبْدِ فأشْرَكَه ، فإن قُلْنا : يَقِفُ على الإجازَةِ من صاحِبه ، فأجازَه ، . فله / نِصْفُ العَبْدِ ، ولهما نِصْفُه ، وإلَّا فلَهُ نِصْفُ حِصَّةِ الذى شَرَكَهُ . وإنْ اشْتَرَى عَبْدًا فلَقِيَهُ رَجُلٌ ، فقال : أشْرِكْنِى فى هذا العَبْدِ . فقال : قد شَرَكْتُكَ[11] . فله نِصفُه . فإنْ لَقِيَه آخَرُ فقال : أشْرِكْنِى فى هذا العَبْدِ . وكان عالِمًا بِشَرِكَةِ الأوَّلِ ، فله رُبْعُ العَبْدِ ، وهو نِصْفُ حِصَّةِ الذى شَرَكَهُ ؛ لأنّ طَلَبَه للإشْراكِ رَجَعَ إلى ما مَلَكَه المُشارِكُ . وهو [12]النِّصْفُ ، فيكونُ بينهما . وإنْ لم يَعْلَمْ بِشَرِكَةِ الأوَّلِ ، فهو طالِبٌ لِنِصْفِ العَبْدِ ؛ لِاعْتِقادِه[12] أنَّ العَبْدَ كلَّه لهذا الذى طَلَبَ منه المُشارَكَةَ . فإذا قال له : شَرَكْتُكَ فيه . احْتَمَل ثلاثَةَ أوْجُه ؛ أحدَها ، أنْ يَصِيرَ له نِصْفُ العَبْدِ كلِّه ،

٢١٤/٤ و

---

(٩) فى م : « إشراك » .

(١٠ – ١٠) سقط من : « الأصل » .

(١١) فى م : « أشركتك » .

(١٢ – ١٢) سقط من : « الأصل » .

ولا يَبْقَى للذى شَرَكَهُ شىءٌ ؛ لأنَّه طَلَبَ منه نِصْفَ العَبْدِ ، فأجابَه إلى ذلك . فصارَ كأنَّه قال له[13] : بِعْنِى نِصْفَ[14] هذا العَبْدِ ، فقال : بِعْتُكَ . وهذا قولُ القاضِى . الثانى ، أنْ يَنْصَرِفَ قولُه : شَرَكْتُكَ فيه . إلى نِصْفِ نَصِيبِه ، ونِصْفِ نَصِيبِ شَرِيكِه ، فيَنْفُذَ فى نِصْفِ نَصِيبِه ، ويَقِفَ فى الزَّائِدِ على إجازَةِ صاحِبِه على إحْدَى[15] الرِّوايَتَيْنِ ؛ لأنَّ لَفظَ الشَّرِكَةِ يَقْتَضِى بَيْعَ بعضِ نَصِيبِه ، ومُساواةَ المُشْتَرِى له . فلو باعَ جَمِيعَ نَصِيبِه ، لم يكُنْ شَرِكَةً ، ولا يُحَقِّقُ[16] فيه ما طَلَبَ منه . والثالث ، أنْ لا يكونَ للثانى إلَّا الرُّبُعُ بكلِّ حال ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ إنَّما تَثْبُتُ بقولِ البائِعِ : شَرَكْتُكَ . لأنَّ ذلك هو الإيجابُ النَّاقِلُ للمِلْكِ ، وهو عالِمٌ أنَّه ليس له إلَّا نِصْفُ العَبْدِ ؛ فيَنْصَرِفُ إيجابُه إلى نِصْفِ مِلْكِه . وعلى هٰذَيْنِ الوجهينِ ، لِطالِبِ الشَّرِكَةِ الخِيارُ ؛ لأنَّه إنَّما طَلَبَ النِّصْفَ ، فلم يَحْصُلْ له جَمِيعُه ، إلَّا أنْ نقولَ بوُقوفِه على الإجازَةِ . فى الوَجْهِ الثانى ، فيُجِيزُه الآخَرُ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا تَصِحَّ الشَّرِكَةُ أصْلًا ؛ لأنَّه طَلَبَ شِراءَ النِّصْفِ ، فأُجِيبَ فى الرُّبُعِ ، فصارَ بمَنْزِلَةِ ما لو قال : بِعْنِى نِصْفَ هذا العَبْدِ ، قال : بِعْتُكَ رُبُعَه .

فصل : ولو اشْتَرَى قَفِيزًا من الطَّعَامِ ، فقَبَضَ نِصْفَه ، فقال له رَجُلٌ : بِعْنِى نِصْفَ هذا القَفِيزِ . فباعَهُ ، انْصَرَفَ إلى النِّصْفِ المَقْبُوضِ كلِّه ؛ لأنَّ البَيْعَ يَنْصَرِفُ إلى ما يَجوزُ له بَيْعُه وهو النِّصْفُ المَقْبُوضُ . وإنْ / قال : أشْرِكْنِى فى هذا القَفِيزِ بنِصْفِ الثَّمَنِ ، ففَعَلَ ، لم تَصِحَّ الشَّرِكَةُ ، إلَّا فيما قَبَضَ منه ، فيكونُ النِّصْفُ المَقْبُوضُ بينهما لكلِّ واحِدٍ منهما رُبُعُه بقِسْطِه من الثَّمنِ ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ تَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ . هكذا ذَكَرَه القاضِى . والصَّحِيحُ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالى ، أنَّه تَنْصَرِفُ الشَّرِكَةُ

٢١٤/٤ ظ

(١٣) سقط من : م .

(١٤) سقط من : « الأصل » .

(١٥) فى الأصل : « أحد » .

(١٦) فى م : « يستحق » .

إلى النِّصْفِ كلِّه ، فيكونُ بائِعًا[١٧] لما يَصِحّ بَيْعُه وما لا يَصِحُّ ، فيكونُ ذلك من صُوَرِ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ ، فلا يَصِحُّ فى الرُّبُعِ الذى ليس بمَقْبُوضٍ . وهل يَصِحُّ فى المَقْبُوضِ ؟ على وَجْهَيْنِ .

فصل : فأمَّا الحَوالَةُ ، فمَعْناهُ أنْ يكونَ على مُشْتَرِى الطَّعامِ طَعامٌ [١٨]مِن سَلَمٍ[١٨] أو من قَرْضٍ مثلُ الذى اشْتَراهُ ، فيقولَ لِغَرِيمِه : اذْهَبْ فَاقْبِضِ الطَّعامَ الذى اشْتَرَيْتَه لِنَفْسِكَ . فلا يجُوزُ ذلك ؛ لأنَّه لا يجُوزُ أنْ يَقْبِضَه قبل قَبْضِه له . وقد ذَكَرْنا تَفْرِيعَ هذا فى الفَصْلِ الذى قبل هذه[١٩] المَسْأَلَةِ .

فصل : إذا كان لِرَجُلٍ فى ذِمَّةِ آخَرَ طَعَامٌ من قَرْضٍ ، لم يَجُزْ أن يَبِيعَه من غيره قبلَ قَبْضِه ؛ لأنَّه غيرُ قَادِرٍ على تَسْلِيمِه . ويجوزُ بَيْعُه ممن هو فى ذِمَّتِه ، فى الصَّحِيحِ من المذهبِ ؛ لِحَدِيثِ ابن عمرَ : كُنَّا نَبِيعُ الأَبْعِرَةَ بالبَقِيعِ بالدَّرَاهِم ، فنَأْخُذُ مَكانَها الدَّنانِيرَ[٢٠] . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وَرُوِىَ ، أنَّه لا يَصِحُّ ، كما لا يَصِحُّ فى السَّلَمِ . والأَوَّلُ أولَى . فإنْ اشْتَراه منه بمَوْصُوفٍ فى الذِّمَّةِ من غير جِنْسِه ، جازَ ، ولا يتفرقا[٢١] قبل القَبْضِ ؛ لأنَّه يكونُ بَيْع دَيْنٍ بِدَيْنٍ . فإنْ أعْطاهُ مُعَيَّنًا مما يُشْتَرَطُ فيه التَّقَابُضُ ، مثل أنْ أعْطاهُ بَدَلَ الحِنْطَةِ شَعِيرًا ، جازَ . ولم يَجُز التَّفَرُّقُ قبل القَبْضِ وإنْ أعْطاه مُعَيَّنًا ، لا يُشْتَرَطُ فيه التَّقابُضُ ، جازَ التَّفَرُّقُ قبلَ القَبْضِ ، كما لو قال : بِعْتُكَ هذا الشَّعِيرَ بمائة دِرْهَمٍ فى ذِمَّتِكَ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يجُوزَ ؛ لأنَّ المَبِيعَ فى الذِّمَّةِ ، فلم يَجُز التَّفَرُّقُ قبلَ القَبْضِ ، كالسَّلَمِ .

فصل : وإذا قال رَجُلٌ لِغَرِيمِه : بِعْنِى هذا على أنْ أَقْضِيَكَ دَيْنَكَ منه . فَفَعَلَ ،

---

(١٧) فى م : « تابعا » .

(١٨ – ١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) تقدم تخريجه فى صفحة ١٠٧ .

(٢١) فى م : « يتبرقا » . وما فى الأصل على أن « لا » ناهية .

فالشَّرطُ باطِلٌ ؛ لأنَّه شرَطَ أنْ لا يَتصرَّفَ فيه بغيرِ القَضاءِ ، وهل يَبْطُلُ البَيْعُ ؟ يَنْبَنِى على الشُّروطِ الفاسِدَةِ فِى البَيْعِ ، هل تُبْطِلُه ؟ على روايَتَيْنِ[22] ، وإن قال : اقْضِنِى حَقِّى على أنْ أبِيعَكَ / كذا وكذا . فالشَّرطُ باطِلٌ والقَضاءُ صَحِيحٌ ؛ لأنَّه أقْبَضَهُ[23] حَقَّه . وإنْ قال : اقْضِنِى أجْوَدَ من مَالِى ، على أن أبِيعَكَ كذا وكذا . فالقَضاءُ والشَّرطُ باطِلانِ ، وعليه رَدُّ ما قَبَضَه والمُطالَبَةُ بمالِه .

٢١٥/٤ و

٧٣٥ – مسألة؛ قال :(**وَلَيْسَ كَذَلِكَ الإقَالَةُ ؛ لأنَّها فَسْخٌ . وَعَنْ أبِى عَبْدِ اللهِ ، الإقَالَةُ بَيْعٌ**)

اخْتَلَفَتِ الرِّوايةُ فى الإقالَةِ . فعنه أنَّها فَسْخٌ . وهو الصَّحِيحُ ، واخْتِيارُ أبى بكرٍ ، وهو مذهبُ الشَّافِعِىّ . والثانية ، أنَّها بَيْعٌ . وهى مذهبُ مالِكٍ ؛ لأنَّ المَبِيعَ عادَ إلى البائِعِ على الجِهَةِ التى خَرَجَ عليه منه ، فلمَّا كان الأوَّلُ بَيْعًا ، كذلك الثانى ، ولأنَّه نقلُ المِلْكِ بِعِوَضٍ ، على وَجْهِ التَّراضِى ، فكان بَيْعًا ، كالأوَّلِ . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ ، أنَّها (1 فَسْخٌ فى 1) حَقِّ المُتَعاقِدَيْنِ . وبَيْعٌ فى حقِّ غَيْرِهما . (2 فلا تَثْبُتُ أحْكامُ البَيْعِ فى حَقِّهِما ، بل تجوزُ فى السَّلَمِ ، وفى المَبِيعِ قبل قَبْضِه ، ويَثْبُتُ حُكْمُ البَيْعِ فى حَقِّ الشَّفِيعِ ، حتى يجوزُ له أخْذُ الشِّقْصِ الذى تَقايَلا فيه بالشُّفْعَةِ 2) . ولنا ، أنَّ الإقَالَةَ هى الدَّفْعُ والإزالَةُ . يُقال : أقالَكَ اللهُ عَثْرَتَكَ . أى أزالَها . قال النَّبِىُّ ﷺ : « مَنْ أقَالَ نَادِمًا بَيْعَتَهُ ، أقَالَهُ اللهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ القِيَامَةِ »[3] . قال ابنُ المُنْذِرِ : وفى إجْماعِهِم أنَّ رسولَ الله ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الطَّعامِ قبلَ قَبْضِه ، مع إجْماعِهِم

---

(22) فى م : « الروايتين » .

(23) فى م : « قبضه » .

(1 – 1) فى م : « فى فسخ » .

(2 – 2) سقط من : الأصل .

(3) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى فضل الإقالة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٤٦ . وابن ماجه ، فى . باب الإقالة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٥٢ .

على أنَّ له أنْ يُقِيلَ المُسْلِمَ جَمِيعَ المُسْلَمِ فيه ، دَلِيلٌ على أنَّ الإقالَةَ لَيسَتْ بَيْعًا ، ولأنَّها تجوزُ فى المُسْلَمِ فيه قبلَ قَبْضِه ، فلم تَكُنْ بَيْعًا كالإسْقاطِ ، ولأنَّها تَتَقَدَّرُ بالثَّمنِ الأوَّلِ . ولو كانت بَيْعًا لم تَتَقَدَّرْ[4] به ، ولأنَّه عادَ إليه المَبِيعُ بلَفظٍ لا يَنْعَقِدُ به البَيْعُ ، فكان فَسْخًا ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . ويَدُلُّ على أبى حنيفةَ بأنَّ ما كان فَسْخًا فى حَقِّ المُتَعاقِدَيْنِ ، كان فَسْخًا فى حقِّ غيرِهما ، كالرَّدِّ بالبَيْعِ والفَسْخِ بالخِيارِ ، ولأنَّ حَقيقَةَ الفَسْخِ لا تَختلِفُ بالنِّسْبَةِ إلى شَخْصٍ دون شَخْصٍ ، والأصْلُ اعْتِبارُ الحَقائِقِ .

فصل : فإنْ قُلْنا : هى فَسْخٌ . جازَتْ قبلَ القَبْضِ وبعدَه . وقال أبو بكرٍ : لابُدَّ فيها من كَيْلٍ ثانٍ ، ويَقُومُ الفَسْخُ مَقامَ البَيْعِ فى إيجابِ كَيْلٍ ثانٍ ، كَقِيامِ فَسْخِ النِّكاحِ مَقامَ الطَّلاقِ فى العِدَّةِ . ولنا ، أنَّه فَسْخٌ لِلْبَيْعِ ، فجازَ قبلَ القَبْضِ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، والتَّدْلِيسِ ، والفَسْخِ بالخِيارِ ، / أو اخْتِلافِ المُتَبايِعَيْنِ . وفارَقَ العِدَّةَ ، ٤/٢١٥ ظ فإنَّها اعْتُبِرَتْ للاسْتِبْراءِ ، والحاجَةُ داعِيَةٌ إليه فى كلِّ فُرْقَةٍ بعد الدُّخُولِ ، بخِلافِ مَسْألَتِنا . فإن قُلْنا : هى بَيْعٌ . لم يَجُزْ قبلَ القَبْضِ ، (٥فيما يُعْتَبَرُ فيه القَبْضُ٥) ؛ لأنَّ بَيْعَه مِن بائِعِه قبلَ قَبْضِه لا يجوزُ ، كما لا يجوزُ من غيره . ولا تُسْتَحَقُّ بها الشُّفْعَةُ إنْ كانت فَسْخًا ؛ لأنَّها رَفْعٌ للعَقْدِ ، وإزالَةٌ له ، وليست بمُعاوَضَةٍ ، فأشْبَهَتْ سائِرَ الفُسُوخِ . ومن حَلَفَ لا يَبِيعُ ، فأقالَ ، لم يَحْنَثْ . ولو كانت بَيْعًا ، اسْتُحِقَّتْ بها الشُّفْعَةُ ، وحَنِثَ الحالِفُ على تَرْكِ البَيْعِ بِفِعْلِها ، كسائِرِ أنْواعِ البَيْعِ . ولا تجُوزُ إلَّا بمِثْلِ الثَّمَنِ ، سواءٌ قُلْنا : هى فَسْخٌ أو بَيْعٌ ؛ لأنَّها خُصَّتْ بمِثْلِ الثَّمَنِ ، كالتَّوْلِيَةِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّها تجوزُ بأكْثَرَ مِن الثَّمَنِ الأوَّلِ . وأقَلَّ منه إذا قُلْنا : إنَّها بَيْعٌ كسائِرِ البِياعاتِ . فإنْ قُلْنا : لا تجوزُ إلَّا بمِثْلِ الثَّمَنِ الأوَّلِ ، فأقالَ بأقَلَّ منه أو أكْثَرَ ، لم تَصِحَّ الإقالَةُ ، وكان المِلْكُ باقِيًا لِلْمُشْتَرِى . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وحُكِىَ عن

---

(٤) فى الأصل : « تقدر » .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

أبي حنيفةَ ، أنّها تَصِحُّ بالثَّمَنِ الأوَّلِ ، ويَبْطُلُ الشَّرطُ ؛ لأنَّ لَفْظَ الإقالَةِ اقْتَضَى[6] مثلَ الثَّمَنِ ، والشَّرطُ يُنافِيه ، فبطَلَ ، وبَقِيَ الفَسْخُ على مُقْتضاه ، كسائِرِ الفُسُوخِ . ولَنا ، أنَّه شَرَطَ التَّفاضُلَ فيما يُعْتَبَرُ فيه التَّماثُلُ ، فبطَلَ[7] ، كبَيْعِ دِرْهَمٍ بدِرْهَمَيْنِ . ولأنَّ القَصْدَ بالإقالَةِ رَدُّ كلِّ حَقٍّ إلى صاحِبه ، فإذا شَرَطَ زِيادَةً أو نُقْصانًا ، أخْرَجَ العَقْدَ عن مَقْصُودِه ، فبَطَلَ ، كما لو باعَه بشَرْطِ أنْ لا يُسَلِّمَ إليه[8] . ويُفارِقُ سائِرَ الفَسْخِ ؛ لأنَّه لا يُعْتَبَرُ فيه الرِّضا منهما ، بل يَسْتَقِلُّ به أحَدُهما ، فإذا شُرِطَ عليه شيءٌ ، لم يَلْزَمْه ؛ لِتَمَكُّنِه من الفَسْخِ بدُونِه . وإنْ شَرَطَ لِنَفْسِه شيئًا ، لم يَلْزَمْهُ أيضًا ؛ لأنَّه لا يَسْتَحِقُّ أكْثَرَ من الفَسْخِ . وفى مَسْأَلَتِنا لا تَجوزُ الإقَالَةُ إلَّا بِرِضاهما ، وإنَّما رَضِيَ بها أحَدُهما مع الزِّيادَةِ أو النَّقْصِ ، فإذا أبطَلْنا شَرْطَه فاتَ رِضاهُ ، فتَبْطُلُ الإقالَةُ ؛ لِعَدَمِ رِضاهُ بها .

٧٣٦ – مسألة ؛ قال : (وَمَنِ اشْتَرَى صُبْرَةَ طَعَامٍ ، لَمْ يَبِعْها حَتَّى يَنْقُلَها)

/ هذه المسألة تَدُلُّ على حُكْمَيْنِ ؛ أحدُهما ، إباحَةُ بَيْعِ الصُّبْرَةِ جُزافًا مع جَهْلِ البائِعِ والمُشْتَرِى بِقَدْرِها ، وبهذا قال أبوحنيفةَ والشَّافِعِيُّ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . وقد نَصَّ عليه أحمدُ . ودَلَّ عليه قولُ ابن عمرَ : كُنَّا نَشْتَرِى الطَّعَامَ من الرُّكْبَانِ جُزافًا ، فَنهانا رَسُولُ اللهِ ﷺ أنْ نَبِيعَه حتى نَنْقُلَه من مَكَانِه . مُتَّفَقٌ عليه[1] ، ولأنَّه مَعْلُومٌ بالرُّؤْيَةِ ، فصَحَّ بَيْعُه ، كالثِّيابِ والحَيوانِ . ولا يَضُرُّ عَدَمُ مُشاهَدَةِ باطِنِ الصُّبْرَةِ ، فإنَّ ذلك يَشُقُّ ؛ لكونِ الحَبِّ بَعْضُهُ على بعضٍ ، ولا يمكنُ بَسْطُها حَبَّةً حَبَّةً ، ولأنَّ الحَبَّ تَتَساوَى أجْزاؤُه فى الظَّاهِرِ ، فاكْتُفِيَ بِرُؤْيَةِ ظاهِره ، بخِلافِ الثَّوْبِ ، فإنَّ نَشْرَه لا يَشُقُّ ، و لم تَخْتَلِفْ أجْزاؤُه ، ولا يَحْتاجُ إلى مَعْرِفَةِ قَدْرِها مع المُشاهَدَةِ ؛

٢١٦/٤ و

---

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) فى الأصل : « فيبطل » .

(٨) سقط من : م .

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٣ .

لأنَّه عَلِمَ ما اشْتَرَى بأبْلَغِ الطُّرُقِ ، وهو الرُّؤْيَةُ . وكذلك لو قال : بِعْتُكَ نِصْفَ هذه الصُّبْرَةِ ، أو ثُلُثَها ، أو جُزْءًا منها مَعْلُومًا . جازَ ؛ لأنَّ ما جازَ بَيْعُ جُمْلَتِه ، جازَ بَيْعُ بعضِه ، كالحَيَوانِ . ولأنَّ جُمْلَتَها مَعْلُومَةٌ بالمُشاهَدَةِ ، فكذلك جُزْؤُها . قال ابنُ عَقِيلٍ : ولا يَصِحُّ هذا إلَّا أنْ تكونَ الصُّبْرَةُ مُتساوِيَةَ الأجْزاءِ ، فإنْ كانت مُخْتَلِفَةً ، مثل صُبْرَةِ بَقَّالِ القَرْيَةِ ، لم يَصِحَّ . ويَحتمِلُ أنْ يَصِحَّ ؛ لأنَّه يَشْتَرِى منها جُزْءًا مُشاعًا ، فيَستَحِقُّ من جَيِّدِها ورَدِيئِها بقِسْطِه . ولا فَرْقَ بين الأثْمانِ والمُثْمَناتِ فى صِحَّةِ بَيْعِها جُزافًا . وقال مالِكٌ : لا يجوزُ فى الأثْمانِ ؛ لأنَّ لها خَطَرًا ولا يَشُقُّ وَزْنُها ولا عَدَدُها ، فأشْبَه الرَّقِيقَ والثِّيابَ . ولنا ، أنَّه مَعْلُومٌ بالمُشاهَدَةِ ، فأشْبَه المُثْمَناتِ والنُّقْرَةَ[2] والحَلْىَ . ويَبْطُلُ بذلك[3] ما قالَه . أمَّا الرَّقِيقُ ، فإنَّه يجوزُ بَيْعُهُم إذا شاهَدَهُم و لم يَعُدَّهم ، وكذلك الثِّيابُ إذا نَشَرَهَا ورَأى جَمِيعَ أجْزائِها .

الحكم الثانى ، أنَّه إذا اشْتَرَى الصُّبْرَةَ جُزافًا ، لم يَجُزْ له بَيْعُها حتى يَنْقُلَها . نَصَّ عليه أحمدُ فى رِوايةِ الأثْرَمِ ، وعنه رِوايَةٌ أخرى ، له بَيْعُها قبلَ نَقْلِها . اخْتارَها القاضِى . وهو مذهبُ مالِكٍ ؛ / لأنَّه مَبِيعٌ مُتَعَيِّنٌ لا يَحْتاجُ إلى حَقِّ تَوْفِيَةٍ ، فأشْبَه الثَّوْبَ الحاضِرَ . ولَنا ، قولُ ابن عُمَرَ : إنْ كُنَّا لَنَشْتَرِى الطَّعَامَ من الرُّكْبَانِ جُزافًا ، فنَهانَا رَسُولُ اللهِ ﷺ أنْ نَبِيعَه حَتَّى نَنْقُلَه مِنْ مَكَانِه[4] . وعُمُومُ قوله عليه السلامُ : « مَنِ ابْتاعَ طَعَامًا فلا يَبِعْه حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ »[5] مع ما ذَكَرْنا من الأخْبارِ ، ورَوَى الأثْرَمُ بإسْنادِه عن عُبَيْدِ بن حُنَيْنٍ ، قال : قَدِمَ زَيْتٌ من الشَّامِ ، فاشْتَرَيْتُ منه أبْعِرَةً ، وفَرَغْتُ من شِرائِها ، فقامَ إلىَّ رَجُلٌ فأرْبَحَنِى فيها رِبْحًا ، فبَسَطْتُ يَدِى لأُبايِعَه ، فإذا رَجُلٌ يأْخُذُنِى[6] مِن خَلْفِى ، فنَظَرْتُ فإذا زَيْدُ بنُ ثابِتٍ ، فقال : لا تَبِعْه حتى تَنْقُلَه إلى

٢١٦/٤ ظ

---

(٢) النقرة من الذهب والفضة : القطعة المذابة .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٣ .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٣ .

(٦) فى الأصل : « يمدنى » .

رَحْلِكَ ، فإنَّ رسولَ اللهِ ﷺ أمَرَنا بذلك[7] . فإذا تَقَرَّرَ هذا فإنَّ قَبْضَهَا نَقْلُها . كما جاء فى[8] الخَبَرِ ، ولأنَّ القَبْضَ لو لم يُعَيَّنْ فى الشَّرْعِ لَوَجَبَ رَدُّه إلى العُرْفِ ، كما قُلْنا فى الإحْياءِ والإحْرازِ ، والعادَةُ فى قَبْضِ الصُّبْرَةِ[9] النَّقْلُ .

فصل : ولا يَحِلُّ لبائِعِ الصُّبْرَةِ أنْ يَغُشَّها ؛ بأن يَجْعَلَها على دِكَّةٍ ، أو رَبْوَةٍ ، أو حَجَرٍ يَنْقُصُها ، أو يَجْعَلَ الرَّدِىءَ فى باطِنِها أو المَبْلُولَ ، ونحوَ ذلك ؛ لما رَوَى أبو هريرةَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ مَرَّ على صُبْرَةٍ من طَعَامٍ ، فأدْخَلَ يَدَهُ[10] ، فَنالَتْ أصابِعُه بَلَلًا . فقال : « يا صَاحِبَ الطَّعَامِ ، مَا هٰذَا » ؟ قال : أصَابَتْهُ السَّمَاءُ يا رسولَ اللهِ . قال : « أفَلَا جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ حَتَّى يَرَاهُ النَّاسُ » ؟ ثم قال : « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا »[11] . قال التِّرمِذِىُّ : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . فإذا وُجِدَ ذلك ، ولم يَكُنِ المُشْتَرِى عَلِمَ به ، فله الخِيَارُ بين الفَسْخِ ، وأخْذِ تَفاوُتِ ما بينهما ؛ لأنَّه عَيْبٌ . وإنْ بانَ تحتها حُفْرَةٌ . أو بانَ باطِنُها خَيْرًا من ظاهِرِها ، فلا خِيَارَ للمُشْتَرِى ؛ لأنَّه زِيادَةٌ له . وإنْ عَلِمَ البائِعُ ذلك ، فلا خِيارَ له ؛ لأنَّه دَخَلَ على بَصِيرَةٍ به . وإنْ لم يكُنْ عَلِمَ ، فله الفَسْخُ ، كما لو باعَ بِعِشْرِينَ دِرْهَمًا ، فوَزَنَها بِصَنْجَةٍ ، ثم وَجَدَ الصَّنْجَةَ زائِدَةً ، كان له الرُّجُوعُ . وكذلك لو باعَ بِمِكْيالٍ، ثم وَجَدَه / زائِدًا . ويَحْتَمِلُ أنَّه لا خِيارَ له ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّه باعَ ما يَعْلَمُ ، فلا يَثْبُتُ له الفَسْخُ بالاحْتِمالِ .

٢١٧/٤ و

٧٣٧ ـ مسألة ؛ قال : (وَمَنْ عَرَفَ مَبْلَغَ شَىْءٍ ، لَمْ يَبِعْهُ صُبْرَةً)

نَصَّ أحمدُ على هذا ، فى مَواضِعَ . وكَرِهَه عَطاءٌ ، وابنُ سِيرِينَ ، ومُجاهِدٌ ،

---

(7) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥٢/٢ ، ٢٥٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٩١/٥ .

(8) سقط من : الأصل .

(9) فى الأصل : « الصبر » .

(10) فى الأصل : « أصبعه » .

(11) تقدم تخريجه فى صفحة ١١١ .

وعِكْرِمَةُ . وبه قال مالِكٌ ، وإسْحاقُ . ورُوِىَ ذلك عن طاوسٍ . قال مالِكٌ : لم يَزَلْ أهْلُ العِلْمِ يَنْهَوْنَ عن ذلك . وعن أحمدَ ، أنّ هذا مَكْرُوهٌ غيرُ مُحَرَّمٍ ، فإنَّ بَكْرَ بنَ محمدٍ رَوَى عن أبيهِ ، أنّه سَأَلَه عن الرَّجُلِ يَبِيعُ الطَّعامَ جُزافًا ، وقد عَرَفَ كَيْلَه ، وقلتُ له : إنّ مالِكًا يقول : إذا باعَ الطَّعامَ و لم يَعْلَم المُشْتَرِى ، فإنْ أحَبَّ أنْ يَرُدَّ رَدَّه . قال : هذا تَغْلِيظٌ شَدِيدٌ ، ولكنْ لا يُعْجِبُنِى إذا عَرَفَ كَيْلَه ، إلَّا أنْ يُخْبِرَه ، فإنْ باعَه ، فهو جائِزٌ عليه ، وقد أساءَ . و لم يَرَ أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ ، بذلك بَأْسًا ؛ لأنَّه إذا جازَ البَيْعُ مع جَهْلِهِما بمِقْدارِه ، فمع العِلْمِ من أحَدِهما أوْلَى . ووَجْهُ الأوَّلِ ، ما رَوَى الأوْزاعِىُّ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَنْ عَرَفَ مَبْلَغَ شَىْءٍ فَلَا يَبِعْهُ جُزَافًا حَتَّى يُبَيِّنَهُ »[1] . قال القاضِى : وقد رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ مُجَازَفَةً ، وهو يَعْلَمُ كَيْلَهُ[1] . والنَّهْىُ يَقْتَضِى التَّحْرِيمَ ، وأيضًا الإجْماعُ الذى نَقَلَه مالِكٌ ، ولأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ البائِعَ لا يَعْدِلُ إلى البَيْعِ جُزافًا مع عِلْمِه بقَدْرِ الكَيْلِ ، إلَّا للتَّغْرِيرِ بالمُشْتَرِى والغِشِّ له ، ولذلك أثَّرَ فى عَدَمِ لُزُومِ العَقْدِ ، وقد قال عليه السَّلامُ : « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » . فصارَ كما لو دَلَّسَ العَيْبَ . فإنْ باعَ ما عَلِمَ كَيْلَه صُبْرَةً ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ فى رِوايَةِ محمدِ بن الحَكَمِ ، أنَّ البَيْعَ صَحِيحٌ لَازِمٌ . وهو قولُ مالِكٍ والشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ المَبِيعَ مَعْلُومٌ لهما ، ولا تَغْرِيرَ من أحَدِهِما ، فأشْبَه ما لو عَلِما كَيْلَه أو جَهِلاه ، و لم يَثْبُتْ ما رُوِىَ من النَّهْىِ فيه ، وإنَّما كَرِهَه أحمدُ كَراهَةَ تَنْزِيهٍ ؛ لِاخْتِلافِ العُلَماءِ فيه . ولأنَّ اسْتِواءَهما فى العِلْمِ والجَهْلِ أبعدُ من التَّغْرِيرِ . وقال القاضِى وأصْحابُه : هذا بمَنْزِلَةِ التَّدْلِيسِ والغِشِّ ، إنْ عَلِمَ به المُشْتَرِى ، / فلا خِيارَ له ؛ لأنّه دَخَلَ على بَصِيرَةٍ ، فهو كما لو اشْتَرَى مُصَرَّاةً ، يَعْلَمُ تَصْرِيَتَها . وإنْ لم يَعْلَمْ أنَّ البائِعَ كان عالِمًا بذلك ، فله الخِيارُ فى الفَسْخِ ، والإمْضاءِ . وهذا قولُ مالِكٍ ؛ لأنَّه غِشٌّ ، وغَرَرٌ[2] من البائِعِ ، فصَحَّ

٢١٧/٤ ظ

---

(١) أخرجهما عبد الرزاق ، فى : باب المجازفة ، من كتاب البيوع . المصنف ١٣١/٨ .

(٢) فى الأصل : « وغرور » .

العَقْدُ معه ، ويَثْبُتُ لِلْمُشتَرِى الخِيَارُ . وذَهَبَ قَوْمٌ من أصْحابِنا إلى أنَّ البَيْعَ فاسِدٌ ؛ لأنَّه مَنْهِىٌّ عنه ، والنَّهْىُ يَقْتَضِى الفَسادَ .

فصل : وإنْ أخْبَرَه البائِعُ بِكَيْلِه ، ثم باعَه بذلك الكَيْلِ ، فالبَيْعُ صَحِيحٌ . فإنْ قَبَضَه باكْتِيالِه ، تَمَّ البَيْعُ والقَبْضُ ، وإنْ قَبَضَه بغيرِ كَيْلٍ ، كان بمَنْزِلَةِ قَبْضِه جُزافًا . فإنْ كان المَبِيعُ بَاقِيًا ، كَالَه عليه ، فإنْ كان قَدْرَ حَقِّه الذى أخْبَرَه به ، فقد اسْتَوْفاه ، وإنْ كان زائِدًا رَدَّ الفَضْلَ ، وإنْ كان ناقِصًا أخَذَ النَّقْصَ ، وإن كان قد تَلِفَ ، فالقولُ قولُ القابِضِ فى قَدْرِه مع يَمِينِه ، سواءٌ كان النَّقْصُ قَلِيلًا أو كَثِيرًا ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ القَبْضِ ، وبَقاءُ الحَقِّ ، وليس لِلْمُشْتَرِى التَّصَرُّفُ فى الجَمِيعِ قَبل كَيْلِه ؛ لأنَّ لِلْبائِعِ فيه عُلْقَةً ، فإنه لو زادَ كانت الزِّيادَةُ له ، ولا يَتَصرَّفُ فى أقَلَّ من حَقِّه ، بغيرِ كَيْلٍ ؛ لأنَّ ذلك يَمْنَعُه من مَعْرِفَةِ كَيْلِه . وإنْ تَصَرَّفَ فيما يَتَحَقَّقُ أنَّه مُسْتَحَقٌّ له ، مثل أنْ يكونَ حَقُّه قَفِيزًا ، فتصرَّفَ فى ذلك ، أو فى أقَلَّ منه ، بالكَيْلِ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، له ذلك ؛ لأنَّه تَصرَّفَ فى حَقِّه بعد قَبْضِه ، فجازَ ، كما لو كِيلَ له . والثانى ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه لا يجوزُ له التَّصرُّفُ (3) فى الجَمِيعِ ، فلم يَجُزْ له التَّصرُّفُ (3) فى البَعْضِ ، كما قبلَ القَبْضِ . وإن قَبَضَهُ بالوَزْنِ ، فهو كما لو قَبَضَهُ جُزافًا . فأمَّا إن أعْلَمَهُ بِكَيْلِه ، ثم باعَهُ إياه مُجازَفَةً ، على أنَّه له بذلك الثَّمَنِ ، سواءٌ كان زائِدًا أو ناقِصًا ، لم يَجُزْ ؛ لِمَا رَوَى الأثْرَمُ بإسْنادِه ، عن الحَكَمِ ، قال : قَدِمَ طَعامٌ لِعُثْمانَ على عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ ، فقال : « اذْهَبُوا بِنَا إلَى عُثْمَانَ ، نُعِينُه على طَعَامِهِ » . فقَامَ إلى جَنْبِهِ ، فقال عُثْمانُ : فى هٰذِه الْغِرارَةِ (4) كذا وكذا ، وَابْتَعْتُها (5) بكذا وكذا . فقال رسولُ الله ﷺ : « إذا سَمَّيْتَ الْكَيْلَ فَكِلْ » (6) . قال أحمدُ : إذا أخْبَرَهُ البائِعُ أنَّ

(3 - 3) سقط من : الأصل .

(4) الغرارة : وعاء من الخيش ونحوه يوضع فيه القمح ونحوه ، جمعها غرائر .

(5) فى الأصل : « وابتعها » .

(6) تقدم تخريجه فى صفحة 187 .

٢١٨/٤ و فى كلّ / قارُورَةٍ مَنًّا ، فأَخَذَ بذلك ، ولا يَكْتالُه ، فلا يُعْجِبُنِى ؛ لقوله لِعُثْمانَ : « إذَا سَمَّيْتَ الكَيْلَ فَكِلْ » قيل له : إنَّهم يقُولون : إذا فُتِحَ فَسَدَ . قال : فلم لا تَفْتَحُونَ واحِدًا وتَزِنُونَ الباقِىَ ؟

فصل : ولو كَالَ طَعامًا ، وآخَرُ يَنْظُرُ إليه ، فهل لمن شاهَد الكَيْلَ شِراؤُه بغيرِ كَيْلٍ ثانٍ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، نَصَّ عليهما . إحداهما ، لا يَحْتاجُ إلى كَيْلٍ ؛ لأنَّه شاهَدَ كَيْلَه ، فأشْبَه مالو كِيلَ له . والثانية ، يَحْتاجُ إلى كَيْلٍ ؛ لأنَّه بَيْعٌ ، فاحْتاجَ إلى كَيْلٍ ؛ للأَخْبارِ ، والقِياسِ على البَيْعِ الأَوَّلِ . ولو كالَهُ البائِعُ للمُشْتَرِى ، ثم اشْتَراه منه ، فكذلك ؛ لِما ذَكَرْنا فى التى قَبْلَها . ولو اشْتَرَى اثْنانِ طَعامًا ، فاكْتالاهُ ، ثم ابْتاعَ أَحَدُهما حِصَّةَ شَرِيكِه قبلَ تَفَرُّقِهما ، فقال أحمدُ ، فى رِوايَةِ حَرْبٍ : إذا اشْتَرَيا غَلَّةً أو نَحْوَها ، وحَضَراها جَمِيعًا ، وعَرَفا كَيْلَها ، فقال أَحَدُهما لِشَرِيكِه : بِعْنِى نَصِيبَكَ ، وأُرْبِحُكَ ، فهو جائِزٌ . وإن لم يَحْضُرْ هذا المُشْتَرِى الكَيْلَ ، فلا يَجُوزُ إلَّا بِكَيْلٍ . قال ابنُ أبى موسى : وفيه رِوايَةٌ أُخْرَى ، لابُدَّ من كَيْلِه . وَوَجْهُها ما تَقَدَّمَ . قال القاضى : ومعنى الكَيْلِ فى هذه المَسائِلِ ، أنَّه يُرْجَعُ فى قَدْرِه إلى قولِ القابِضِ ، إذا كان النَّقْصُ يَسِيرًا يَقَعُ مِثْلُه فى الكَيْلِ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، وإن كان لا يَقَعُ مثلُه فى الكَيْلِ لم يُقْبَلْ قَوْلُه ؛ لأنَّا نَتَحَقَّقُ كَذِبَهُ ، بِخلافِ مَسائِلِ الفَصْلِ الذى قبلَه ؛ لأنَّه لم يَكِلْ بحَضْرَتِه . [7]والظاهِرُ ، أنَّه أرادَ بالكَيْلِ حَقِيقَتَه دون ما ذَكَره القاضى . وفائِدَةُ اعْتِبارِ الكَيْلِ ، ما ذَكَرَهُ القاضى ، وأنَّه لا يجوزُ للمُشْتَرِى التَّصَرُّفُ فيه ، إلَّا ما ذَكَرْنا فى الفَصْلِ الذى قبلَه[7] . وإن باعَهُ للثانى فى هذه المَواضِعِ على أنَّه صُبْرَةٌ ، جازَ ، و لم يَفْتَقِرْ إلى كَيْلٍ ثانٍ ، والقَبْضُ فيه بِنَقْلِه ، كسائِرِ الصُّبَرِ .

فصل : قال أحْمَدُ ، فى رَجُلٍ يَشْتَرِى الجَوْزَ ، فيَعُدُّ فى مِكْتَلٍ أَلْفَ جَوْزَةٍ ، ثم

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

يَأْخُذُ الجَوْزَ كلَّه على ذلك المِعْيارِ ، قال : لا يجوزُ . وقال فى رَجُلٍ ابْتاعَ أعْكامًا كَيْلًا ، وقال للبائعِ : كِلْ لى [8]عِكْمًا منها[8] واحِدًا وآخُذُ[9] ما بَقِىَ على هذا الكَيْلِ . أكْرَهُ هذا ، حتى يَكِيلَها كلَّها . وقال الثَّوْرِىُّ : كان أصْحابُنا يَكْرَهُونَ هذا ؛ وذلك لأنَّ ما فى العُكُومِ يَخْتَلِفُ ، فيكونُ فى بعضِها أكْثَرَ من بعضٍ ، فلا يُعْلَمُ ما فى بَعْضِها بِكَيْلِ / البَعْضِ ، والجَوْزُ يَخْتَلِفُ عَدَدُه ، فيكون فى أحَدِ المِكْتَلَيْنِ أكْثَرَ من الآخَرِ ، فلا يَصِحُّ تَقْدِيرُه بالكَيلِ ، كما لا يَصِحُّ تَقْدِيرُ المَكِيلِ بالوَزْنِ، ولا المَوْزُونِ بالكَيْلِ . ٢١٨/٤ ظ

٧٣٨ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَى صُبْرَةً عَلَى أنَّ كُلَّ مَكِيلٍ[1] مِنْهَا بِشَىْءٍ مَعْلُومٍ جازَ)

وجملةُ ذلك ، أنَّه إذا قال : بِعْتُكَ هذه الصُّبْرَةَ كلَّ قَفِيزٍ منها بِدِرْهَمٍ . صَحَّ ، وإن لم يَعْلَما مِقْدارَ ذلك حالَ العَقْدِ . وبهذا قال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ ، وقال أبو حنيفةَ : يَصِحُّ فى قَفِيزٍ واحِدٍ ، ويَبْطُلُ فيما سِواه ؛ لأنَّ جُمْلَةَ الثَّمَنِ مَجْهُولَةٌ ، فلم يَصِحَّ كَبَيْعِ المُبْتاعِ بِرَقْمِه . ولنا ، أن المَبِيعَ مَعْلُومٌ بالمُشاهَدَةِ ، والثَّمَنَ مَعْلُومٌ ؛ لإشارَتِه إلى ما يُعْرَفُ مَبْلَغُهُ بِجِهَةٍ لا تَتَعَلَّقُ بالمُتَعاقِدَيْنِ ، وهو أن تُكالَ الصُّبْرَةُ ، ويُقَسَّطَ الثَّمنُ على قَدْرِ قُفْزانِها ، فيُعْلَمَ مَبْلَغُه ، فجازَ، كما لو باعَ ما رَأْسُ مالِه اثْنان وسَبْعُونَ مُرابَحَةً ، لكلِّ ثلاثةَ عشرَ دِرْهَمًا[2] دِرْهَمٌ ، فإنَّه لا يُعْلَمُ فى الحالِ ، وإنَّما يُعْلَمُ بالحِسابِ ، كذا هٰهُنا . ولأنَّ المَبِيعَ مَعْلُومٌ بالمُشاهَدَةِ ، والثَّمَنَ مَعْلُومٌ قَدْرَ ما يُقابِلُ كلَّ جُزْءٍ من المَبِيعِ ، فصَحَّ ، كالأصْلِ

(٨ – ٨) فى م : « عكمانها » .
والعكم : العدل – بكسر العين وسكون الدال – ما دام فيه المتاع .
(٩) فى م : « واحدا و » .
(١) فى م : « مكيلة » .
(٢) سقط من : الأصل .

الْمَذْكورِ . وقد رُوِىَ عن عَلِىٍّ رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه آجَرَ نَفْسَه كلَّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، وجاء النَّبِىَّ ﷺ بالتَّمرِ[٣] .

فصل : ولو قال : بِعْتُكَ من هذه الصُّبْرَةِ قَفِيزًا . أو قال : عشرةَ أقْفِزَةٍ . وهما يَعْلَمانِ أنَّها أكْثَرُ من ذلك ، صَحَّ . وحُكِىَ عن داودَ ، أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه غيرُ مُشاهَدٍ ، ولا مَوْصُوفٍ . ولَنا ، أنَّ المَبِيعَ مُقَدَّرٌ مَعْلُومٌ من جُمْلَةٍ يَصِحُّ بَيْعُها ، أشْبَهَ إذا باعَ نِصْفَها ، وما ذَكَرَهُ قِياسٌ ، وهو لا يَحْتَجُّ بالقِياسِ ، ثم لا يَصِحُّ ، فإنَّه إذا شَاهَدَ الجُمْلَةَ ، فقد شَاهَدَ المَبِيعَ ؛ لأنَّه بعضُها .

فصل : وإن قال : بِعْتُكَ مِن هذه الصُّبْرَةِ كلَّ قَفِيزٍ بِدِرهمٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ « مِن » لِلتَّبعِيضِ ، و « كُلّ » لِلْعَدَدِ ، فيكونُ ذلك العَدَدُ منها مَجْهُولًا . [٤]ويحتَمِلُ أن يَصِحَّ البَيْعُ ، كما يَصِحُّ فى الإجارةِ ، كلَّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، وكلَّ شَهْرٍ بدرهمٍ[٤]. وإن قال : بِعْتُكَ هذه الصُّبْرَةَ الأُخْرَى[٥] بِعَشَرَةِ دراهمَ على أن أزِيدَكَ قَفِيزًا ، أو أنْقُصكَ قَفِيزًا . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يَدْرِى أيَزِيدُهُ أم يَنْقُصُهُ . / ولو قال : على أن أزِيدَكَ قَفِيزًا . لم يَجُزْ ؛ لأنَّ القَفِيزَ مَجْهُولٌ . ولو قال : أزِيدُكَ قَفِيزًا من هذه الصُّبْرَةِ الأُخْرَى . أو وَصَفَهُ بِصِفَةٍ يُعْلَمُ بها ، صَحَّ ؛ لأنَّ مَعْناه ، بِعْتُكَ هذه ، وقَفِيزًا من هذه الأُخْرَى بِعشرةِ دراهمَ . وإن قال : علَى أن أنْقُصكَ قَفِيزًا . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ مَعْناه ، بِعْتُكَ هذه الصُّبْرَةَ إلَّا قَفِيزًا ، كلَّ قَفِيزٍ بِدِرهمٍ ، وشىءٍ مَجْهُولٍ . ولو قال : بِعْتُكَ هذه الصُّبْرَةَ ، كلَّ قَفِيزٍ بدرهمٍ ، على أن أزِيدَكَ قَفِيزًا من هذه الصُّبْرَةِ الأُخْرَى . لم يَصِحَّ ؛ لإفْضائِه إلى جَهالَةِ الثَّمَنِ فى التَّفْصِيلِ ؛ لأنَّه يَصِيرُ قَفِيزًا وشَيْئًا بدرهمٍ ، والشىءُ لا يَعْرِفانِه ؛ لِعَدَمِ مَعْرِفَتِهِما بِكَمِّيَّةِ ما فى الصُّبْرَةِ من القُفْزانِ .

٢١٩/٤ و

---

(٣) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الرجل يسقى كل دلو بتمرة ويشترط جلدة ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٨/٢ .

(٤ – ٤) سقط من : الأصل .

(٥) سقط من : الأصل .

ولو قَصَدَ أنّى أَحُطُّ ثَمَنَ قَفِيزٍ من الصُّبْرَةِ ، لا أَحْتَسِبُ به ، لم يَصِحَّ ؛ لِلْجَهالَةِ التى ذَكَرْناها . وإن كانت الصُّبْرَةُ مَعْلُومًا قَدْرُ قُفْزانِها لهما ، أو قال : هذه عَشَرَةُ أَقْفِزَةٍ بِعْتُكَها ، كلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ ، على أن أَزِيدَكَ قَفِيزًا من هذه الصُّبْرَةِ . أو وَصَفَهُ بِصِفَةٍ يُعْلَمُ بها ، صَحَّ ؛ لأنَّ معناه بِعْتُكَ كل قَفِيزٍ وعُشْرِ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ . وإن لم يُعْلَمِ القَفِيزُ ، أو جَعَلَهُ هِبَةً ، لم يَصِحَّ . وإن أَرادَ أنّى (٦لا أَحْتَسِبُ٦) عليك بثَمَنِ قَفِيزٍ منها ، صَحَّ أيضًا ؛ لأنَّهما لَمَّا عَلِما جُمْلَةَ الصُّبْرَةِ عَلِما ما يَنْقُصُ من الثَّمَنِ . ولو قال : على أن أَنْقُصَكَ قَفِيزًا . صَحَّ ؛ لأنَّ مَعْناه ، بِعْتُكَ تِسْعَةَ أَقْفِزَةٍ بعَشَرَةِ دَراهِمَ ، وكلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ وتُسْعٍ . وحُكِىَ عن أبى بكرٍ ، أنَّه يَصِحُّ فى جَمِيعِ المسائِلِ ، على قِيَاسِ قولِ أحمدَ ؛ لأنَّه يُجِيزُ الشَّرْطَ الواحدَ . ولا يَصِحُّ هذا ؛ لأنَّ المَبِيعَ مَجْهُولٌ ، فلا يَصِحُّ بَيْعُه ، بخِلافِ الشَّرْطِ الذى (٧لا يُفْضِى إلى الجَهالَةِ٧) .

فصل : ولو باعَ ما لا تَتَساوَى أجزاؤُه ، كالأَرْضِ والثَّوْبِ والقَطِيعِ من الغَنَمِ ، ففيه نَحْوٌ من مَسائِلِ الصُّبْرِ . وإن قال : بِعْتُكَ هذه الأَرْضَ ، أو هذه الدَّارَ ، أو هذا الثَّوْبَ ، أو هذا القَطِيعَ ، بأَلْفٍ . صَحَّ إذا كان مُشاهَدًا . أو قال : بِعْتُكَ نِصْفَه ، أو ثُلُثَه ، أو رُبْعَه ، بكذا . صَحَّ أيضًا . فإن قال : بِعْتُكَهُ كلَّ ذِراعٍ بدرهمٍ ، أو كلَّ شاةٍ بِدرهمٍ . صَحَّ ، وإن لم يَعْلَما قَدْرَ ذلك حالَ العَقْدِ لما ذَكَرْنا فى الصُّبْرَةِ ، وإن قال : بِعْتُكَ من الثَّوْبِ / كلَّ ذِرَاعٍ بدرهمٍ ، أو من القَطِيعِ كلَّ شاةٍ بدرهمٍ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ . وإن باعَهُ شاةً من القَطِيعِ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ شِياهَ القَطِيعِ غيرُ مُتَساوِيَةِ القِيَمِ ، فيُفْضِى ذلك إلى التَّنازُعِ ، بخِلافِ القَفِيزِ من الصُّبْرَةِ ، فإنَّه يَصِحُّ ؛ لأنَّ أَجْزَاءَها مُتَساوِيَةٌ . وإن باعَهُ ذِراعًا من الدَّارِ ، أو عَشَرَةَ أَذْرُعٍ منها ،

٢١٩/٤ ظ

(٦-٦) فى ا ، م : « أحسب » .

(٧ - ٧) فى م : « يفضى إلى جهالة » .

يُريدانِ بذلك قَدْرًا غيرَ مُشاعٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لذلك[8] . وإن أرادَا مُشاعًا منها ، وهمَا يَعْلَمانِ عَدَدَ ذُرْعانِها ، صَحَّ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الذِّراعَ عِبارَةٌ عن بُقْعَةٍ[9] بعَيْنِها ، ومَوْضِعُه مَجْهُولٌ . ولنا ، أنَّ عَشَرَةً من مائةٍ عُشْرُها ، ولو قال : بِعْتُكَ عُشْرَها . صَحَّ . فكذلك إذا قال : بِعْتُكَ عشرةً من مائةٍ . وما ذَكَرُوه [10]لا يَصِحُّ[10] ، بل هو عِبارَةٌ عن قَدْرٍ ، كما أن المِكْيالَ عِبارَةٌ عن قَدْرٍ ، فإذا أضافَهُ إلى جُمْلَةٍ كان ذلك جُزْءًا منها . وإن اتَّفقَا على أنَّهما أرادَا قَدْرًا منها غيرَ مُشاعٍ ، لم يَصِحَّ البَيْعُ . وإن كان[11] لا يَعْلَمانِ ذُرْعانَ الدَّارِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الجُمْلَةَ غيرُ مَعْلُومَةٍ ، وأجْزاءَ الأرْضِ مُخْتَلِفَةٌ ، فلا يُمْكِنُ أن تكونَ مُعَيَّنَةً ولا مُشَاعَةً . وإن قال : بِعْتُكَ من الدَّارِ مِن هٰهُنا إلى هٰهُنا . جازَ ؛ لأنَّه مَعْلُومٌ . وإن قال : عَشَرَةَ أذْرُعٍ ، ابْتِداؤُها مِن هٰهُنا [12]إلى هٰهُنا[12] ، إلى حيث يَنْتَهِى الذَّرْعُ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الذَّرْعَ يَخْتَلِفُ ، والمَوْضِعُ الذى يَنْتَهِى إليه لا يُعْلَمُ حالَ العَقْدِ . ولو قال : بِعْتُكَ نَصِيبِى من هذه الدّارِ . ولا يُعْلَمُ قَدْرُ نَصِيبِه منها[13] ، أو قال : نَصِيبًا منها أو سَهْمًا[14] . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ . وإن عَلِما ذلك ، صَحَّ . وإن قال : بِعْتُكَ نِصْفَ دارِى ممَّا يَلِى دارَكَ . لم يَصِحَّ ، نَصَّ عليه ؛ لأنَّه لا يَدْرِى إلى أين يَنْتَهِى ، فيكونُ مَجْهُولًا .

فصل : ولو باعَهُ عَبْدًا من عَبْدَيْنِ أو أكْثَرَ ، لم يَصِحَّ . وبه قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا باعَهُ عَبْدًا من عَبْدَيْنِ أو من ثلاثةٍ بِشَرْطِ الخِيارِ له . صَحَّ ؛ لأنَّ

---

(8) فى م : « كذلك » .

(9) فى الأصل : « منفعة » .

(10 – 10) فى م : « غير سلم » .

(11) لعل الصواب : « كانا » .

(12 – 12) سقط من : الأصل .

(13) سقط من : الأصل .

(14) فى الأصل : « وسهما » .

الحاجَةَ تَدْعُو إليه ، وإن كانوا أكْثَرَ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يَكْثُرُ الغَرَرُ . ولَنا ، أنَّ ما تَخْتَلِفُ أجْزاؤُه وقِيمَتُه لا يَجُوزُ شِراءُ بعضِه غيرَ مُعَيَّنٍ ولا مُشاعًا ، كالأَرْبَعَةِ ، وما لا يَصِحُّ / بغيرِ شَرْطِ الخِيَارِ ، لا يَصِحُّ بشَرْطِه ، كالأَرْبَعَةِ ، ولا حاجَةَ إلى هذا ، فإنَّ الاخْتِيارَ يُمْكِنُ قبل العَقْدِ ، ثم ما قالوه[15] يَبْطُلُ بالأَرْبَعَةِ .

فصل : وحُكْمُ الثَّوْبِ حُكْمُ الأرْضِ ، إلَّا أنَّه إذا قال : بِعْتُكَ مِن هذا الثَّوْبِ ، مِن هذا المَوْضِعِ إلى هذا المَوْضِعِ . صَحَّ . فإن كان ممَّا لا يَنْقُصُه القَطْعُ ، قَطَعاهُ ، وإن كان مِمَّا يَنْقُصُه القَطْعُ ، وشَرَطَ البائِعُ أن يَقْطَعَهُ[16] له ، أو رَضِىَ بِقَطْعِه[16] هو والمُشْتَرِى ، جازَ . وإن تَشَاحَّا فى ذلك كانا شَرِيكَيْنِ فيه ، كما يَشْتَرِكانِ فى الأرْضِ ، وقال القاضى : لا يَصِحُّ . لأنَّه لا يَقْدِرُ على التَّسْلِيمِ إلَّا بِضَرَرٍ ، فأشْبَهَ ما لو باعَهُ نِصْفًا مُعَيَّنًا من الحَيوانِ . ولنا ، أنَّ التَّسْلِيمَ مُمْكِنٌ ، ولُحُوقُ الضَّرَرِ لا يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ إذا رَضِيَهُ البائِعُ ، كما لو باعَهُ نِصْفًا من الحَيوانِ مُشاعًا ، وفارَقَ نِصْفَ الحَيوانِ المُعَيَّنِ ، فإنَّه لا يمكنُه تَسْلِيمُه مُفْرَدًا ، إلَّا بإتْلافِه وإخراجِه عن المالِيَّةِ .

فصل : إذا قال : بِعْتُكَ هذه الأرْضَ ، أو هذا الثَّوْبَ ، على أنَّه عشرةُ أذْرُعٍ . فبانَ أحَدَ عشرَ ، ففيه رِوايتانِ ؛ إحْداهما ، البَيْعُ باطِلٌ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ إجْبارُ البائِعِ على تَسْلِيمِ الزِّيادَةِ ، وإنَّما باعَ عَشرةً ، ولا المُشْتَرِى على أخْذِ البعضِ ، وإنَّما اشْتَرَى الكلَّ ، وعليه ضَرَرٌ فى الشَّرِكَةِ أيضًا . والثانية ، البَيْعُ صَحِيحٌ والزِّيادَةُ لِلْبائِعِ ؛ لأنَّ ذلك نَقْصٌ على المُشْتَرِى ، فلا يَمْنَعُ صِحَّةَ البَيْعِ ، كالعَيْبِ ، ثم يُخَيَّرُ البائِعُ بين تَسْلِيمِ المَبِيعِ زائِدًا[17] وبين تَسْلِيمِ العَشَرَةِ ، فإن رَضِىَ بِتَسْلِيمِ الجَمِيعِ ، فلا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِى ؛ لأنَّه زادَهُ خَيْرًا ، وإن أبَى تَسْلِيمَه زائِدًا ، فَلِلْمُشْتَرِى الخِيارُ بين

---

(15) فى م : « قالوا » .

(16 - 16) سقط من : الأصل .

(17) سقط من : الأصل .

الفَسْخِ والأَخْذِ بِجَمِيعِ الثمنِ المُسَمَّى وقِسْطِ الزَّائِدِ ، فإن رَضِىَ بالأَخْذِ أخذَ العَشَرَةَ ، والبائِعُ شَرِيكٌ له بالذِّراعِ . وهل لِلْبائِعِ خِيارُ الفَسْخِ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ، له الفَسْخُ ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى المُشارَكَةِ . والثانى ، لا خِيارَ له ؛ لأنَّه رَضِىَ بِبَيْعِ الجَمِيعِ بهذا الثَّمَنِ . فإذا وَصَلَ إليه الثَّمَنُ مع بَقاءِ جُزْءٍ له فيه كان زِيادَةً ، فلا يَسْتَحِقُّ بها الفَسْخَ ، ولأنَّ هذا الضَّرَرَ حَصَلَ بتَغْرِيرِه وإخْبارِه ، / بِخِلافِ غيرِه ، فلا يَنْبَغِى أن يَتَسَلَّطَ[18] به على فَسْخِ عَقْدِ المُشْتَرِى . فإن بَذَلَها البائِعُ للمُشْتَرِى بِثَمَنٍ ، أو طَلَبَها المُشْتَرِى بِثَمَنٍ ، لم يَلْزَمِ الآخَرَ القَبُولُ ؛ لأنَّها مُعاوَضَةٌ يُعْتَبَرُ فيها التَّراضِى منهما ، فلا يُجْبَرُ واحِدٌ منهما عليه . وان تَراضَيا على ذلك ، جازَ ، فإن بانَ تِسْعَةً ، ففيه رِوَايَتانِ ؛ إحْدَاهما ، يَبْطُلُ البَيْعُ ؛ لما تَقَدَّمَ . والثانية ، البَيْعُ صَحِيحٌ ، والمُشْتَرِى بالخِيارِ بين الفَسْخِ والإِمْساكِ بِتِسْعَةِ أعْشارِ الثَّمَنِ . وقال أصْحَابُ الشَّافِعِىِّ : ليس له إمْساكُه إلَّا بكلِّ الثَّمَنِ ، أو الفَسْخِ . بناءً على [19]قَوْلِهم : إنَّ[19] المَعِيبَ ليس لِمُشْتَرِيه إلَّا الفَسْخُ ، أو إمْساكُه بكل الثَّمَنِ . ولَنا ، أنَّه وَجَدَ المَبِيعَ ناقِصًا فى القَدْرِ ، فكان له إمْساكُه بِقِسْطِه من الثَّمَنِ ، كالصُّبْرَةِ إذا اشْتَراها على أنَّها مائةٌ فبانَتْ خَمْسِينَ ، وسَنُبَيِّنُ أنَّ المَعِيبَ له إمْساكُهُ ، وأخْذُ أَرْشِه ، فإن أخَذَهَا بِقِسْطِها من الثَّمَنِ ، فَلِلْبائِعِ الخِيارُ بين الرِّضا بذلك وبين الفَسْخِ ؛ لأنَّه إنَّما رَضِىَ بِبَيْعِها بهذا الثَّمَنِ كلِّه ، وإذا لم يَصِلْ إليه كان له الفَسْخُ . فإن بَذَلَ له المُشْتَرِى جَمِيعَ الثَّمَنِ لم يَمْلِكِ الفَسْخَ ؛ لأنَّه وَصَلَ إليه الثَّمَنُ الذى رَضِيَهُ ، فأشْبَهَ ما لو اشْتَرَى مَعِيبًا فَرَضِيَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ .

٤/٢٢٠ ظ

فصل : وإن اشْتَرَى صُبْرَةً على أنَّها عَشَرَةُ أقْفِزَةٍ ، فبانَتْ أحَدَ عَشَرَ ، رَدَّ الزَّائِدَ ، ولا خِيَارَ له هٰهُنا ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ[20] فى الزِّيَادَةِ ، وإن بانَتْ تِسْعَةً أخَذَهَا بِقِسْطِها من الثَّمَنِ ، وقد ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ أنَّه متى سَمَّى الكَيْلَ فى الصُّبْرَةِ لا يكونُ قَبْضُها

---

(١٨) فى الأصل : « يسلط » .

(١٩ – ١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠ – ٢٠) سقط من : م .

إلَّا بالكَيْلِ ، فإذا كالَها فوَجدَها قَدْرَ حقِّه ، أخذَها ، وإن كانت زائِدَةً رَدَّ الزِّيادَةَ ، وإن كانت ناقِصةً ، أخذَها بِقِسْطِها من الثَّمَنِ ، وهل له الفَسْخُ إذا وَجدَها ناقِصةً ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ، له الخِيارُ . وهو مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه وَجدَ المَبِيعَ ناقِصًا ، فكان له الفَسْخُ ، كعَيْبِ الصُّبْرَةِ ، وكَنُقْصانِ الصِّفَةِ . الثانى ، لا خِيارَ له ؛ لأنَّ نُقْصانَ القَدْرِ ليس بِعَيْبٍ فى الباقِى من الكَيْلِ ، بخِلافِ غيره .

فصل : إذا باعَ الأدْهانَ فى ظُرُوفِها جُمْلَةً ، وقد شاهَدَها ، / جازَ ؛ لأنَّ أجْزاءَها[٢١] لا تَختَلِفُ ، فهو كالصُّبْرَةِ . وكذلك الحُكْمُ فى العَسَلِ ، والدِّبْسِ ، والخَلِّ ، وسائِرِ المائِعاتِ التى لا تَخْتَلِفُ . وإن باعَهُ كلَّ رِطْلٍ بِدِرْهَمٍ ، أو باعَهُ رِطْلًا منها ، أو أرْطالًا مَعْلُومَةً يَعْلَمُ أنَّ فيها أكْثَرَ منها ، أو باعَهُ جُزْءًا مُشاعًا ، أو أجْزَاءً مُشاعَةً[٢٢] ، أو باعَهُ إيَّاه مع الظَّرْفِ بِعشرةِ دراهمَ ، أو بِثَمَنٍ مَعْلُومٍ ، جازَ . وإن باعَهُ السَّمْنَ والظَّرْفَ ، كلَّ رِطْلٍ بِدِرْهَمٍ ، وهما يَعْلَمانِ مَبْلَغَ كلِّ واحِدٍ منهما ، صَحَّ ؛ لأنَّه قد عُلِمَ المَبِيعُ والثمنُ . فإن لم يَعْلَما ذلك ، جازَ أيضًا ؛ لأنَّه قد رَضِيَ أن يَشْتَرِيَ الظَّرْفَ ، كلَّ رِطْلٍ بِدِرْهَمٍ ، وما فيه كذلك ، فأشْبَهَ ما لو اشْتَرَى ظَرْفَيْنِ فى أحَدِهِما سَمْنٌ وفى الآخَرِ زَيْتٌ ، كلَّ رَطْلٍ بِدِرْهَمٍ . وقال القاضِي : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ وَزْنَ الظَّرْفِ يَزِيدُ ويَنْقُصُ ، فيَدْخُلُ على غَرَرٍ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ بَيْعَ كلِّ واحِدٍ منهما مُنْفَرِدًا يَصِحُّ لذلك[٢٣] . فكذلك إذا جَمَعَهُما ، كالأرْضِ المُخْتَلِفَةِ الأجْزَاءِ ، والثِّيابِ وغيرِها . وأمَّا إن باعَهُ كلَّ رِطْلٍ بدرهمٍ ، على أن يَزِنَ الظَّرْفَ ، فيَحْتَسِبَ عليه بِوَزْنِه ، ولا يكون مَبِيعًا ، وهما يَعْلَمانِ زِنَةَ كلِّ واحِدٍ منهما ، صَحَّ ؛ لأنَّه إذا عَلِمَ[٢٤] الدُّهْنَ عَشَرَةً [٢٥] والظَّرْفَ رِطْلًا ، كان معناه : بِعْتُكَ عَشَرَةَ[٢٥] أرْطَالٍ باثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا . وإن كانا لا يَعْلَمَانِ زِنَةَ الظَّرْفِ

٢٢١/٤ و

---

(٢١) فى الأصل : « أجزاءه » .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) فى الأصل : « كذلك » .

(٢٤) فى النسخ زيادة : « أن » .

(٢٥ - ٢٥) سقط من : الأصل .

والدُّهْنِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يُؤَدِّى إلى جَهالةِ الثَّمَنِ فى الحالِ . وسواءٌ جَهِلَا زِنَتَهُما جَمِيعًا ، أو زِنَةَ أَحَدِهما ؛ لذلك .

فصل : وإن وَجَدَ فى ظَرْفِ السَّمْنِ رُبًّا[٢٦] ، فقال ابنُ المُنْذِرِ : قال أَحْمَدُ وإسْحاقُ : إن كان سَمَّانًا ، وعندَه سَمْنٌ ، أَعْطاهُ بِوَزْنِه سَمْنًا ، وإن لم يكُنْ عندَه سَمْنٌ ، أَعْطاهُ بِقَدْرِ الرُّبِّ من الثَّمَنِ . وأَلْزَمَهُ شُرَيْحٌ بِقَدْرِ الرُّبِّ سَمْنًا بكلِّ حالٍ . وقال الثَّوْرِىُّ : إن شاءَ أَخَذَ الذى وَجَدَهُ ، ولا يُكَلَّفُ أن يُعْطِيَه بِقَدْرِ الرُّبِّ سَمْنًا . ولَنا ، أنَّه وَجَدَ المَبِيعَ المَكِيلَ ناقِصًا ، فأَشْبَهَ مالو اشْتَرَى صُبْرَةً ، فوَجَدَ تَحتها رَبْوَةً ، أو اشْتَراها على أنَّها عَشَرَةُ أَقْفِزَةٍ ، فبانَتْ تِسْعَةً ، وقد بَيَّنَّا أنَّه يَأْخُذُ المَوْجُودَ بِقِسْطِه من الثَّمَنِ ، كذا هٰهُنا . فعلى هذا إنَّما يَأْخُذُ المَوْجُودَ من السَّمْنِ / بِقِسْطِه من الثَّمَنِ ، ولا يَلْزَمُ البائِعَ أن يُعْطِيَه سَمْنًا ، سواءٌ كان مَوْجُودًا عندَه ، أو لم يكُنْ ، فإن تَرَاضَيا على إعْطائِه سَمْنًا ، جازَ ، واللهُ أعلمُ .

٢٢١/٤ ظ

---

(٢٦) الرب : رب السمن ، سفله ، وهو ما استقر تحته من كدره .

باب المُصَرَّاةِ ، وغيرِ ذلك

التَّصْرِيَةُ : جَمْعُ اللَّبَنِ فى الضَّرْعِ . يقال : صَرَّى الشَّاةَ ، وصَرَى اللَّبَنَ فى ضَرْعِ الشَّاةِ ، بالتَّشْدِيدِ والتَّخْفِيفِ . ويقال : صَرَى الماءَ فى الحَوْضِ ، وصَرَى الطَّعَامَ فى فِيهِ ، وصَرَى الماءَ فى ظَهْرِه . إذا تَرَكَ الجِماعَ . وأنْشَدَه أبو عُبَيْدٍ[1] :

رَأَتْ غُلَامًا قَدْ صَرَى فى فِقْرَتِه[2]
مَاءَ الشَّبَابِ عُنْفُوَانَ شِرَّتِه

وماءٌ صَرًّى ، وصَرٍ ، إذا طالَ اسْتِنْقاعُه . قال البُخارِىُّ : أَصْلُ التَّصْرِيَةِ حَبْسُ الماءِ ، يقال : صَرَّيْتُ الماءَ . ويقال لِلمُصَرَّاةِ : المُحَفَّلَة . وهو من الجَمْعِ أيضا ، ومنه سُمِّيَتْ مَجامِعُ النَّاسِ مَحافِلَ . والتَّصْرِيَةُ حَرامٌ إذا أرادَ بذلك التَّدْلِيسَ على المُشْتَرِى ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « لا تُصَرُّوا »[3] . وقَوْلِهِ : « من غَشَّنَا فَلَيْسَ

---

(1) فى م : «أبو عبيدة» . والرجز فى غريب الحديث ، لأبى عبيد ٢/ ٢٤١ . واللسان (ص ر ى) . وهو للأغلب العجلى ، وكان جاهليا إسلاميا ، قتل بنهاوند ، وهو أول من شبه الرجز بالقصيد وأطاله . الشعر والشعراء ، لابن قتيبة ٢/ ٤١٣ .

(2) فى م : « رأيت غلاما » . ويروى : « رب غلام » . انظر اللسان .

(3) أخرجه البخارى ، فى : باب النهى للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم ... ، وباب إن شاء رد المصراة وفى حلبتها صاع من تمر ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/ ٩٢ ، ٩٣ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، و : باب حكم بيع المصراة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٥٥ ، ١١٥٨ ، ١١٥٩ ، وأبو داود ، فى : باب من اشترى مصراة فكرهها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٤٢ . والنسائى ، فى : باب النهى عن المصراة ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٢٣ . والإمام مالك ، فى : باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦٨٣ ، ٦٨٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٤٢ ، ٤١٧ ، ٤٦٠ ، ٤٦٥ .

مِنَّا »[٤] ورَوَى ابنُ ماجه ، فى سُنَنِه[٥] ، عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « بَيْعُ المُحَفَّلَاتِ خِلَابَةٌ ، وَلَا تَحِلُّ الخِلَابَةُ لِمُسْلِمٍ » . رواهُ ابنُ عبدِ البَرِّ : « ولا يَحِلُّ خِلَابَةٌ لِمُسْلِمٍ » .

٧٣٩ – مسألة ؛ قال : (وإذا اشْتَرَى مُصَرَّاةً وهو لا يَعْلَمُ ، فهو بالخِيَارِ بين أن يَقْبَلَها أو يَرُدَّها وصَاعًا من تَمْرٍ)

الكلامُ فى هذه المَسْأَلَةِ فى فُصُولٍ ثَلاثةٍ ، الأَوَّلُ ، أنَّ من اشْتَرَى مُصَرَّاةً مِن بَهِيمَةِ الأنْعامِ ، لم يَعْلَمْ تَصْرِيَتَها ، ثم عَلِمَ . فلَه الخِيارُ فى الرَّدِّ والإِمْساكِ . رُوِىَ ذلك عن ابنِ مَسْعُودٍ ، وابنِ عمرَ ، وأبى هُرَيْرَةَ ، وأنَسٍ . وإليه ذَهَبَ مالِكٌ ، وابنُ أبى ليلى ، والشَّافِعِىُّ وإسْحاقُ ، وأبو يُوسفَ ، وعَامَّةُ أَهْلِ العِلْمِ ، وذَهَبَ أبو حنيفةَ ومحمدٌ إلى أنَّه لا خِيارَ له ؛ لأنَّ ذلك ليس بعَيْبٍ ؛ بِدَلِيلِ أنَّها[١] لو لم تكُنْ مُصَرَّاةً ، فوَجَدَها أقَلَّ لَبَنًا مِن أمْثالِها ، لم يَمْلِكْ رَدَّهَا ، والتَّدْلِيسُ بما ليس بعَيْبٍ لا يُثْبِتُ الخِيارَ ، كما لو عَلَفَها فانْتَفَخَ بَطْنُها ، فظَنَّ المُشْتَرِى أنَّها حامِلٌ . ولَنا ، ما رَوَى / أبو هُرَيْرَةَ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لا تُصَرُّوا الإِبِلَ والغَنَمَ فمَنِ ابْتاعَها بعدُ فإنَّه بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بعد أن يَحْتَلِبَها إن شاءَ أمْسَكَها ، وإن شاءَ رَدَّهَا وصاعًا من تَمْرٍ » مُتَّفَقٌ عليه[٢] ، ورَوَى ابنُ عمرَ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَن ابْتاعَ مُحَفَّلَةً فَهُوَ بالْخِيَارِ ثَلاثةَ أيَّامٍ ، إنْ رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا مِثْلَ أوْ مِثْلَىْ لَبَنِها قَمْحًا » . رواهُ أبو داودَ[٣] . ولأنَّ هذا تَدْلِيسٌ بما يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بِاخْتِلافِه ، فوَجَبَ به الرَّدُّ ، كما لو

٢٢٢/٤ و

---

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ١١١ .

(٥) فى : باب بيع المصراة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٣/٢ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤٣٣/١ .

(١) فى م : « أنه » .

(٢) تقدم تخريجه فى الصفحة السابقة .

(٣) فى : باب من اشترى مصراة فكرهها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٣/٢ .
كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب بيع المصراة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٣/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤١٧/٢ .

كانت شَمْطاءَ ، فسَوَّدَ شعْرَهَا . وقِياسُهُم يَبْطُلُ بِتَسْوِيدِ الشَّعْرِ ، فإنَّ بَياضَه ليس بِعَيْبٍ كالكِبَرِ ، وإذا دَلَّسَهُ ثَبَتَ له الخِيارُ ، وأمَّا انْتِفاخُ البَطْنِ ، فقد يكونُ من الأَكْلِ والشُّرْبِ ، فلا مَعْنَى لِحَمْلِه على الحَمْلِ ، وعلى أنَّ هذا القِياسَ يُخالِفُ النَّصَّ ، واتِّبَاعُ قولِ رسولِ اللهِ ﷺ أَوْلَى . إذا تَقَرَّرَ هذا ، فإنَّما يَثْبُتُ الخِيارُ بِشَرْطِ أن لا يكونَ المُشْتَرِى عَالِمًا بالتَّصْرِيَةِ ، فإنْ كان عَالِمًا ، لم يَثْبُتْ له الخِيارُ . وقال أصْحابُ الشَّافِعِيِّ : يَثْبُتُ له الخِيَار فى وَجْهٍ ؛ لِلْخَبَرِ ، ولأنَّ انْقِطَاعَ اللَّبَنِ لم يُوجَدْ ، وقد يَبْقَى على حالِه ، فلم يُجْعَلْ ذلك رِضًى ، كما لو تَزَوَّجَتْ عِنِّينًا ، ثم طَلَبَتِ الفَسْخَ . ولنا ، أنه اشْتَراهَا عَالِمًا بالتَّدْلِيسِ ، فلم يكن له خِيارٌ ، كما لو اشْتَرَى من سَوَّدَ شَعْرَها عالِمًا بذلك ، ولأنَّه دَخَلَ على بَصِيرَةٍ فلم يَثْبُتْ له الرَّدُّ ، كما لو اشْتَرَى مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَه ، وبَقاءُ اللَّبَنِ على حالِه نادِرٌ بَعِيدٌ ، لا يُعَلَّقُ عليه حُكْمٌ ، والأَصْلُ الذى قاسُوا عليه مَمْنُوعٌ . ولو اشْتَرَى مُصَرَّاةً فصارَ لَبَنُها عادَةً ، واسْتَمَرَّ على كَثْرَتِه ، لم يكن له الرَّدُّ . وقال أصْحابُ الشَّافِعِيِّ : له الرَّدُّ ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لِلْخَبَرِ ، ولأنَّ التَّدْلِيسَ كان مَوْجُودًا حالَ العَقْدِ ، فأَثْبَتَ الرَّدَّ ، كما لو نَقَصَ اللَّبَنُ . ولَنا ، أنَّ الرَّدَّ جُعِلَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ بِنَقْصِ اللَّبَنِ ، و لم يُوجَدْ ، فامْتَنَعَ الرَّدُّ ، ولأنَّ العَيْبَ لم يُوجَدْ ، و لم يَخْتَلِفْ صِفَةُ المَبِيعِ عن حالَةِ العَقْدِ ، فلم يَثْبُت التَّدْلِيسُ ، ولأنَّ الخِيارَ ثَبَتَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ ، و لم يُوجَدْ ضَرَرٌ .

الفصل الثانى ، أنّه إذا رَدَّ ، لَزِمَه رَدُّ بَدَلِ اللَّبَنِ . وهذا قولُ كلِّ من جَوَّزَ رَدَّها ، وهو مُقَدَّرٌ فى الشَّرْعِ بِصاعٍ من تَمْرٍ ، كما فى الحَدِيثِ الصَّحِيحِ الذى/أَوْرَدْناه ، وهذا قولُ اللَّيْثِ ، وإسْحاقَ ، والشَّافِعِيِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأبى ثَوْرٍ . وذَهَبَ مالِكٌ ، وبعضُ الشَّافِعِيَّةِ ، إلى أنَّ الواجِبَ صاعٌ من غالِبِ قُوتِ البَلَدِ ؛ لأنَّ فى بعضِ الحَدِيثِ : « وَرَدَّ معها صاعًا من طَعَامٍ » . وفى بعضِها : « وَرَدَّ معها مِثْلَ أو مِثْلَى لَبَنِهَا قَمْحًا » فَجَمَعَ بين الأحادِيثِ ، وجَعَلَ تَنْصِيصَه على التَّمْرِ ؛ لأنَّه غالِبُ قُوتِ البَلَدِ فى المَدِينَةِ ، ونَصَّ على القَمْحِ ؛ لأنَّه غالِبُ قُوتِ بَلَدٍ آخَرَ . وقال أبو يُوسُفَ : يَرُدُّ قِيمَةَ اللَّبَنِ ؛ لأنَّه ضَمانُ مُتْلَفٍ ، فكانَ مُقَدَّرًا بِقِيمَتِه ، كسائِرِ المُتْلفاتِ ، وَحُكِىَ ذلك عن ابنِ

٢٢٢/٤ ظ

أبى لَيْلَى . وحُكِيَ عَن زُفَرَ أنَّه يَرُدُّ صاعًا من تَمْرٍ ، أو نِصْفَ صاعٍ من بُرٍّ ، بناءً على قَوْلِهِم فى الفِطْرَةِ والكَفَّارَةِ . ولَنا ، الحَدِيثُ الصَّحِيحُ الذى أوْرَدْناه ، وهو المُعْتَمَدُ عليه فى هذه المَسْأَلَةِ . وقد نَصَّ فيه على التَّمْرِ فقال : « إنْ شاءَ رَدَّهَا وصَاعًا من تَمْرٍ » . وفى لَفْظٍ للبخارىِّ : « مَن اشْتَرَى غَنَمًا مُصَرَّاةً فَاحْتَلَبَها ، فإنْ رَضِيَها أمْسَكَهَا ، وإنْ سَخِطَهَا ففى حَلْبَتِهَا صَاعٌ من تمْرٍ »[4] وفى لَفْظٍ لِمُسْلِمٍ ، رواه ابنُ سِيرِينَ ، عن أبى هُرَيْرَةَ ، عن النَّبِىِّ ﷺ : « رَدَّهَا[5] ، وَرَدَّ صَاعًا من تَمْرٍ لا سَمْرَاءَ » وفِى لَفظٍ له : « طَعَامًا لَا سَمْرَاءَ » يعنى لا يَرُدُّ قَمْحًا . والمُرادُ بالطَّعامِ هٰهُنا التَّمْرُ ؛ لأنَّه مُطْلَقٌ فى أحَدِ الحَدِيثَيْنِ ، مُقَيَّدٌ فى الآخَرِ ، فى قَضِيَّةٍ واحِدَةٍ ، والمُطْلَقُ فيما هذا سَبِيلُه يُحْمَلُ على المُقَيَّدِ . وحَدِيثُ ابن عُمَرَ مُطَّرَحُ الظاهر بالاتِّفاقِ ؛ إذ لا قائِلَ بإيجابِ مثلِ لَبَنِها أو مِثْلَىْ لَبَنِها قَمْحًا ، ثم قد شَكَّ فيه الرَّاوِى ، وخالَفَتْه الأحادِيثُ الصِّحاحُ ، فلا يُعَوَّلُ عليه . وقِياسُ أبى يوسفَ مُخالِفٌ لِلنَّصِّ ، فلا يُلْتَفَتُ إليه ، ولا يَبْعُدُ أنْ يُقَدِّرَ الشَّرْعُ ، بَدَلَ هذا المُتْلَفِ ، قَطْعًا لِلخُصُومَةِ ، وَدَفعًا لِلتَّنازُعِ ، كما قَدَّرَ بَدَلَ الآدَمِىِّ وَدِيَةَ أطْرافِه ، ولا يمكنُ حَمْلُ الحَدِيثِ على أنَّ الصَّاعَ كان قِيمَةَ اللَّبَنِ ، فلذلك أوْجَبَه ، لِوُجُوهٍ ثَلَاثَةٍ ؛ أحدُها ، أنَّ القِيمَةَ هى الأثْمانُ لا التَّمْرُ . الثانى ، أنَّه أوْجَبَ فى المُصَرَّاةِ من الإبِلِ والغَنَمِ جَمِيعًا صاعًا من تَمْرٍ ، مع اخْتِلافِ لَبَنِها . الثالث ، أنَّ لَفظَه لِلْعُمُومِ ، فيَتَناوَلُ كلَّ مُصَرَّاةٍ ، ولا يَتَّفِقُ / أنْ تكونَ قِيمَةُ لَبَنِ كلِّ مُصَرَّاةٍ صاعًا ، وإنْ أمْكَنَ أنْ يكونَ كذلك ، فيَتَعَيَّنُ إيجابُ الصَّاعِ ؛ لأنَّه القِيمَةُ التى عَيَّنَ الشَّارِعُ إيجابَها ؛ فلا يجوزُ أنْ يَعدلَ عنها ، وإذ قد ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يَجِبُ أنْ يكونَ الصَّاعُ من التَّمْرِ جَيِّدًا ، غيرَ مَعِيبٍ ؛ لأنَّه واجِبٌ

٢٢٣/٤ و

---

(٤) الحديث تقدم تخريجه فى الصفحة قبل السابقة . وهذا اللفظ أخرجه البخارى ، فى : باب إن شاء رد المصراة وفى حلبتها صاع من تمر ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٩٣/٣ . ولفظ مسلم أخرجه ، فى : باب حكم المصراة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٨/٣ ، ١١٥٩ .

(٥) سقط من : م .

بإطْلاقِ الشَّارِعِ ، فيَنْصَرِفُ إلى ما ذَكَرْناه ، كالصَّاعِ الواجبِ فى الفِطْرَةِ . ولا يَجِبُ أنْ يكونَ من الأَجْوَدِ ، بل يجوزُ أنْ يكونَ من أدْنَى ما يَقَعُ عليه اسْمُ الجَيِّدِ . ولا فَرْقَ بين أنْ تكونَ قِيمَةُ التَّمْرِ مثلَ قِيمَةِ لَبَنِ[٦] الشَّاةِ ، أو أقَلَّ ، أو أكْثَرَ ، نَصَّ عليه أحمدُ . وليس هذا جَمْعًا بين البَدَلِ والمُبْدَلِ ؛ لأنَّ التَّمْرَ بَدَلُ اللَّبَنِ ، قَدَّرَه الشَّرْعُ به ، كما قَدَّرَ فى يَدَىِ العَبْدِ قِيمَتَه ، وفى يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ قِيمَتَه مَرَّتَيْنِ ، مع بَقاءِ العَبْدِ على مِلْكِ سَيِّدِه . وإنْ عَدِمَ التَّمْرَ فى مَوْضِعِه ، فعليه قِيمَتُه فى المَوْضِعِ الذى وَقَعَ عليه العَقْدُ ؛ لأنَّه بمَثَابةِ عَيْنٍ أتْلَفَها ، فيَجِبُ عليه قِيمَتُها .

فصل : وإنْ عَلِمَ بالتَّصْرِيَةِ قبلَ حَلْبِها ، مثل أنْ أقَرَّ به البائِعُ ، أو شَهِدَ به من تُقْبَلُ شهادَتُه ، فلَه رَدُّها ، ولا شَىْءَ معها ؛ لأنَّ التَّمْرَ إنَّما وَجَبَ بَدَلًا لِلَّبَنِ المُحْتَلَبِ ، ولذلك قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَن اشْتَرَى غَنَمًا مُصَرَّاةً فَاحْتَلَبَها ، فإنْ رَضِيَها أمْسَكَها ، وإنْ سَخِطَها ، فَفِى حَلْبَتِها صَاعٌ من تَمْرٍ »[٧] . ولم يَأْخُذْ لها لَبَنًا هٰهُنا ، فلم يَلْزَمْه رَدُّ شىءٍ معها . وهذا قولُ مالِكٍ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : هذا ما لا خِلافَ فيه . وأمَّا لو احْتَلَبَها وتَرَكَ اللَّبَنَ بحالِه ثم رَدَّها ، رَدَّ لَبَنَها ، ولا يُلْزِمُه أيضًا بشىءٍ ؛ لأنَّ المَبِيعَ إذا كان موجُودًا فرَدَّه ، لم يَلْزَمْه بَدَلُه . فإنْ أبَى البائِعُ قَبُولَه ، وطَلَبَ التَّمْرَ ، لم يكُنْ له ذلك ، إذا كان بحالِه لم يَتَغَيَّرْ . وقيل : لا يَلْزَمُه قَبُولُه ؛ لِظاهِرِ الخَبَرِ ، ولأنَّه قد نَقَصَ بالحَلْبِ ، وكونُه فى الضَّرْعِ أحْفَظَ له . ولَنا ، أنَّه قَدَرَ على رَدِّ المُبْدَلِ ، فلم يَلْزَمْه البَدَلُ ، كَسائِرِ المُبْدَلاتِ مع أبْدالِها . والحَلْبُ[٨] المُرادُ به رَدُّ التَّمْرِ ، حالَ عدمِ اللَّبَنِ ؛ لقولِه : « فَفِى حَلْبَتِها صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ » . ولما ذَكَرْنا من المَعْنَى . وقولُهم : إنَّ الضَّرْعَ أحْفَظُ له . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ إبقاؤُه فى الضَّرْعِ على الدَّوامِ ، وبَقاؤُه يَضُرُّ بالحيوانِ ./وإنْ كان اللَّبَنُ قد تَغَيَّرَ ، ٢٢٣/٤ ظ

---

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٥ .

(٨) فى م : « والحديث » .

ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يَلْزَمُه قَبُولُه . وهذا قولُ مالِكٍ ؛ لِلْخَبَرِ ، ولأنَّه قد نَقَصَ بالحُمُوضَةِ ، أشْبَهَ ما لو أتْلَفَه . والثانى ، يَلْزَمُه قَبُولُه ؛ لأن النَّقْصَ حَصَلَ بإسْلامِ المَبِيعِ ، وبِتَغْرِيرِ البائِعِ ، وتَسْلِيطِه على حَلْبِه ، فلم يَمْنَعِ الرَّدَّ ، كَلَبَنِ غيرِ المُصَرَّاةِ .

فصل : وإذا رَضِىَ بالتَّصْرِيَةِ فأمْسَكَها ، ثم وَجَدَ بها عَيْبًا آخَرَ ، رَدَّها به ؛ لأنَّ رِضاه بِعَيْبٍ لا يَمْنَعُ الرَّدَّ بِعَيْبٍ آخَرَ ، كما لو اشْتَرَى أعْرَجَ ، فَرَضِىَ بِعَيْبِه ، ثم أصابَ به بَرَصًا[٩] . وإذا رَدَّ لَزِمَه صاعٌ من تَمْرٍ ، عِوَضَ اللَّبَنِ ؛ لأنَّه قد جُعِلَ عِوَضًا له فيما إذا رَدَّها بِالتَّصْرِيَةِ ، فيكون عِوَضًا له مُطْلَقًا .

فصل : ولو اشْتَرَى شاةً غيرَ مُصَرَّاةٍ فاحْتَلَبَها ، ثم وَجَدَ بها عَيْبًا ، فلَهُ الرَّدُّ ، ثم إنْ لم يكن فى ضَرْعِها لَبَنٌ حالَ العَقْدِ ، فلا شَىْءَ عليه ؛ لأنَّ ما حَدَثَ من اللَّبَنِ بعد العَقْدِ يَحْدُثُ على مِلْكِ المُشْتَرِى ، وإنْ كان فيه لَبَنٌ حالَ العَقْدِ ، إلَّا أنَّه شىءٌ لا يَخْلُو الضَّرْعُ من مثلِه فى العادَةِ ، فلا شَىْءَ فيه ؛ لأنَّ مثلَ هذا لا عِبْرَةَ به ، ولا قِيمَةَ له فى العادَةِ ، فهو تابعٌ لما حَدَثَ ، وإنْ كان كَثِيرًا ، وكان قائِمًا بحالِه ، فهل له رَدُّه ؟ يُبْنَى على رَدِّ[١٠] لَبَنِ التَّصْرِيَةِ ، وقد سَبَقَ . فإنْ قُلْنا : ليس له رَدُّه . كان بَقاؤُه كَتَلَفِه . وهل له أنْ يَرُدَّ المَبِيعَ ؟ يُخَرَّج على الرِّوايَتَيْنِ فيما إذا اشْتَرَى شَيْئًا فتَلِفَ منه جُزْءٌ أو تَعَيَّبَ . والأشْهَرُ فى المذهبِ أنَّه يَرُدُّه ، فعلى هذا يَلْزَمُه رَدُّ مثلِ اللَّبَنِ ؛ لأنَّه من ذَواتِ الأمثالِ . والأصْلُ ضَمانُ ما كان من المِثْلِيَّاتِ بمِثْلِه ، إلَّا أنَّه خُولِفَ فى لَبَنِ التَّصْرِيَةِ بالنَّصِّ ، ففيما عَداهُ يَبْقَى على الأصْلِ ، ولأصْحابِ الشَّافِعِىِّ ، فى هذا الفَصْلِ ، نحوٌ ممَّا ذَكَرْنا .

الفصل الثالث فى الخِيارِ : اخْتَلَفَ أصْحابُنا فى مُدَّتِه . فقال القاضِى : هو مُقَدَّرٌ بثَلاثَةِ أيَّامٍ ، ليس له الرَّدُّ قَبلَ مُضِيِّها ، ولا إمْساكُها بعدَها ، فإنْ أمْسَكَها بعدَ ذلك ،

---

(٩) فى الأصل : « مرضا » .

(١٠) سقط من : م .

لم يكُنْ له الرَّدُّ . قال : وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، وهو قولُ بعضِ[11] أصْحابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ أبا هريرةَ رَوَى ، أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال : « مَن اشْتَرَى مُصَرَّاةً فهو فيها / بالخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، إنْ شَاءَ أَمْسَكَها ، وإنْ شَاءَ رَدَّهَا ، ورَدَّ معها صَاعًا من تَمْرٍ » رَواه مُسْلِمٌ[12] . قالوا : فهذه الثلاثةُ قَدَّرَها الشَّارِعُ لِمَعْرِفَةِ التَّصْرِيَةِ فإنَّها لا تُعْرَفُ قَبل مُضِيِّها ؛ لأنَّها فى اليَوْمِ الأوَّلِ لَبَنُها لَبَنُ التَّصْرِيَةِ ، وفى الثانى يجوزُ أنْ يكونَ لَبَنُها نَقَصَ ؛ لِتَغَيُّرِ المَكانِ واخْتِلافِ العَلَفِ ، وكذلك فى الثالث ، فإذا مَضَتِ الثلاثةُ اسْتبانَتِ التَّصْرِيَةُ ، وثَبَتَ الخِيارُ على الفَوْرِ ، ولا يَثْبُتُ قبل انْقِضائِها . وقال أبو الخَطَّابِ : عندى متى ثَبَتَتِ التَّصْرِيَةُ ، جازَ له الرَّدُّ ، قبلَ الثَّلاثةِ وبعدَها ؛ لأنَّه تَدْلِيسٌ يُثْبِتُ الخِيارَ ، فمَلَكَ الرَّدَّ به إذا تَبَيَّنَه ، كسائِرِ التَّدْلِيسِ . وهذا قولُ بعضِ المَدَنِيِّينَ . فعلَى هذا يكونُ فائِدَةُ التَّقْدِيرِ فى الخَبَرِ بالثَّلاثةِ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّه لا يَحْصُلُ العِلْمُ إلَّا بها ، فاعْتَبَرَها لِحصُولِ العِلْمِ ظاهِرًا ، فإنْ حَصَلَ العِلْمُ بها ، أو لم يَحْصُلْ بها فالاعْتِبارُ به دونَها ، كما فى سائِرِ التَّدْلِيسِ . وظاهِرُ قول ابنِ أبى مُوسَى ، أنَّه متى عَلِمَ التَّصْرِيَةَ ، ثَبَتَ له الخِيارُ فى الأيَّامِ الثَّلاثةِ إلى تَمامِها . وهذا قولُ ابن المُنْذِرِ ، وأبى حامِدٍ من أصْحابِ الشَّافِعِيِّ ، وحَكاه عن الشَّافِعِيِّ نَصًّا ؛ لِظاهِرِ حَدِيثِ رسولِ اللهِ ﷺ ، فإنَّه يَقْتَضِى ثُبوتَ الخِيارِ فى الأيَّامِ الثَّلاثةِ كلِّها . وعلى قولِ القاضِى ، لا يَثْبُتُ الخِيارُ فى شىءٍ منها ، وإنَّما يَثْبُتُ عَقِيبَها . وقولُ أبى الخَطَّابِ يُسَوِّى بين الأيَّامِ الثَّلاثةِ وبين غيرِها ، والعَمَلُ بالخَبَرِ أوْلَى ، والقِياسُ ما قال أبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّ الحُكْمَ كذلك فى العُيُوبِ ، وسائِرِ التَّدْلِيسِ .

٢٢٤/٤ و

٧٤٠ ـ مسألة ؛ قال : (وَسَوَاءٌ كَانَ المُشْتَرَى نَاقَةً أَوْ بَقَرَةً أَوْ شَاةً)

جُمْهُورُ أهْلِ العِلْمِ ، على أنَّه لا فَرْقَ فى التَّصْرِيَةِ بين الشَّاةِ والنَّاقَةِ والبَقَرَةِ ، وشَذَّ

---

(١١) سقط من : م .

(١٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٨ .

داوُدُ ، فقال : لا يَثْبُتُ الخِيارُ بِتَصْرِيَةِ البَقَرةِ ؛ لأنَّ الحَدِيثَ : « لَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ والغَنَمَ »[1] . فدَلَّ على أنَّ ما عَداهُما بِخِلافِهِما ، ولأنَّ الحُكْمَ ثَبَتَ فيهما بالنَّصِّ ، والقِيَاسُ لا تَثْبُتُ به الأحْكامُ . ولَنا ، عُمُومُ قولِه : « مَن اشْتَرَى مُصَرَّاةً فَهُو بالْخِيَارِ ثَلاثَةَ أيَّامٍ »[2] . وفى حَدِيثِ ابن عمرَ : « مَن ابْتَاعَ مُحَفَّلَةً »[2] . ولم يُفَصِّلْ ، ولأنَّه تَصْرِيَةٌ بِلَبَنٍ من بَهِيمَةِ الأنْعامِ ، أشْبَه الإِبِلَ والغَنَمَ ، والخَبَرُ فيه / تَنْبِيهٌ على تَصْرِيَةِ البَقَرِ ؛ لأنَّ لَبَنَها أغْزَرُ وأكْثَرُ نَفْعًا . وقولهم : إنَّ الأحْكامَ لا تَثْبُتُ بالقِياسِ . مَمْنُوعٌ . ثم هو هٰهُنا ثَبَتَ بالتَّنْبِيهِ ، وهو حُجَّةٌ عند الجَمِيعِ .

٢٢٤/٤ ظ

فصل : إذا اشْتَرَى مُصَرَّاتَيْنِ أو أكْثَرَ فى عَقْدٍ واحِدٍ ، فرَدَّهُنَّ ، رَدَّ مع كلِّ مُصَرَّاةٍ صاعًا . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، وبعضُ أصْحابِ مالِكٍ . وقال بعضُهم : فى الجَمِيعِ صاعٌ واحِدٌ ؛ لأنَّ رسولَ الله ﷺ قال : « مَن اشْتَرَى غَنَمًا مُصَرَّاةً فاحْتَلَبَها فإنْ رَضِيَها أمْسَكَها ، وإنْ سَخِطَهَا ففى حَلْبَتِها صاعٌ مِنْ تَمْرٍ »[3] . ولنا ، عُمُومُ[4] قوله : « مَن اشْتَرَى مُصَرَّاةً » و « من اشْتَرَى مُحَفَّلَةً » . وهذا يَتَناوَلُ الواحِدَةَ . ولأنَّ ما جُعِلَ عِوَضًا عن الشيءِ فى صَفْقَتَيْنِ ، وَجَبَ إذا كان فى صَفْقَةٍ واحِدَةٍ ، كأرْشِ العَيْبِ ، وأمَّا الحَدِيثُ فإنَّ الضَّمِيرَ يَعُودُ إلى الواحِدَةِ .

فصل : فإن اشْتَرَى مُصَرَّاةً من غيرِ بَهِيمَةِ الأنْعامِ ، كالأمَةِ والأتانِ والفَرَسِ ، ففيه وَجْهانِ ، أحدُهما ، يَثْبُتُ له الخِيارُ ، اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ، وهو ظاهِرُ مذهبِ الشَّافِعِىِّ ؛ لِعُمُومِ قولِه : « مَن اشْتَرَى مُصَرَّاةً » و « من اشْتَرَى مُحَفَّلَةً » . ولأنَّه تَصْرِيَةٌ بما يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ به ، فأثْبَتَ الخِيارَ ، كَتَصْرِيَةِ بَهِيمَةِ الأنْعامِ ، وذلك أنَّ

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٥ .

(٢) تقدم التخريج فى صفحة ٢١٦ .

(٣) انظر مواضع التخريج فى صفحة ٢١٨

(٤) سقط من الأصل .

لَبَنَ الآدمِيَّةِ يُرادُ لِلرَّضاعِ ، ويُرَغَّبُ فيها ظِئْرًا[٦] ويُحَسِّنُ بَدَنَها[٧] ، ولذلك لو اشْتَرَطَ كَثْرَةَ لَبَنِها ، فبانَ بخِلافِه ، مَلَكَ الفَسْخَ ، ولو لم يكن مَقْصُودًا لما ثَبَتَ باشْتِراطِه ، ولا مَلَكَ الفَسْخَ بعَدَمِه . ولأنَّ الأتانَ والفَرَسَ يُرادانِ لِوَلَدِهما . والثانى ، لا يَثْبُتُ به الخِيارُ ؛ لأنَّ لَبَنَها لا يُعْتاضُ عنه فى العادةِ ، ولا يُقْصَدُ قَصْدَ لَبَنِ بَهِيمَةِ الأنْعَامِ ، والخَبَرُ وَرَدَ فى بَهِيمَةِ الأنْعَامِ ، ولا يَصِحُّ القِياسُ عليه ؛ لأنَّ قَصْدَ لَبَنِ بَهِيمَةِ الأنْعامِ أكْثَرُ ، واللَّفْظُ العامُّ أُرِيدَ به الخاصُّ ؛ بِدَلِيلِ أنَّه أمَرَ فى رَدِّها بِصاعٍ من تَمْرٍ ، ولا يَجِبُ فى لَبَنِ غيرِها ، ولأنَّه وَرَدَ عامًّا وخاصًّا فى قَضِيَّةٍ واحِدَةٍ ، فيُحْمَلُ العامُّ على الخاصِّ ، ويكون المُرادُ بالعامِّ فى أحَدِ الحَدِيثَيْنِ[٨] الخاصَّ فى الحَدِيثِ الآخَرِ . / وعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، إذا رَدَّها لم يَلْزَمْ بَدَلُ لَبَنِها ، ولا يَرُدُّ معها شَيْئًا ؛ لأنَّ هذا اللَّبَنَ لا يُبَاعُ عَادَةً ، ولا يُعاوضُ عنه .

٢٢٥/٤ و

فصل : وكُلُّ تَدْلِيسٍ يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ لأجْلِه ، مثل أنْ يُسَوِّدَ شَعْرَ الجارِيَةِ ، أو يُجَعِّدَه ، أو يُحَمِّرَ وَجْهَهَا ، أو يُضْمِرَ الماءَ على الرَّحا ، ويُرْسِلَه عندَ عَرْضِها على المُشْتَرِى ، يُثْبِتُ الخِيارَ ؛ لأنَّه تَدْلِيسٌ بما يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ باخْتِلافِه فأثْبَتَ الخِيارَ ، كالتَّصْرِيَةِ ، وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وَوافَقَ أبو حنيفةَ فى تَسْوِيدِ الشَّعْرِ . وقال فى تَجْعِيدِه : لا يَثْبُتُ به الخِيارُ ؛ لأنَّه تَدْلِيسٌ بما لَيْسَ بِعَيْبٍ ، أشْبَهَ ما لو سَوَّدَ أنامِلَ العَبْدِ ، لِيَظُنَّه كاتِبًا أو حَدَّادًا . ولَنا ، أنَّه تَدْلِيسٌ بما يَخْتَلِفُ به الثَّمَنُ ، أشْبَهَ تَسْوِيدَ الشَّعْرِ ، وأمَّا تَسْوِيدُ الأنامِلِ ، فليس بمُخْتَصٍّ بكَوْنِه كاتِبًا ؛ لأنَّه يَحتمِلُ أنْ يكونَ قد وَلَغَ بالدَّواةِ ، أو كان غُلامًا لِكاتِبٍ يُصْلِحُ له الدَّواةَ ، فظَنُّه كاتِبًا ، طَمَعٌ لا يَسْتَحِقُّ به فَسْخًا ، فإن حَصَلَ هذا من غيرِ تَدْلِيسٍ ، مثل أنْ يَجْتَمِعَ اللَّبَنُ فى الضَّرْعِ من غيرِ قَصْدٍ ، أو احْمَرَّ وَجْهُ الجارِيَةِ لِخَجَلٍ أو تَعَبٍ ، أو تَسَوَّدَ شَعْرُها بشىءٍ وَقَعَ

---

(٦) الظِّئْر : المرضعة لغير ولدها .

(٧) فى م : « ثديها » .

(٨) فى الأصل : « الجانبين » .

عليه ، فقال القاضى : له الرَّدُّ أيضا ؛ لِدَفْعِ الضَّرَرِ اللَّاحِقِ بالمُشْتَرِى ، والضَّرَرُ واجِبُ الدَّفْعِ ، سَواء قَصَدَ أو لم يَقْصِدْ ، فأشْبَهَ العَيْبَ . ويَحْتمِلُ أنْ لا يَثْبُتَ الخِيارُ لِحُمْرَةِ وَجْهِها بِخَجَلٍ أو تَعَبٍ ؛ لأنَّه يَحْتمِلُ ذلك ، فيَتَعيَّنُ ظنُّه من خِلْقَتِه الأصْلِيَّةِ طَمَعًا ، فأشْبَهَ سَوادَ أنامِلِ العَبْدِ .

فصل : فإنْ عَلَفَ الشَّاةَ فَمَلأَ خَواصِرَها ، وظَنَّ المُشْتَرِى أنَّها حامِلٌ ، أو سَوَّدَ أنامِلَ العَبْدِ أو ثَوْبَهُ ، يُوهِمُ أنَّه كاتِبٌ أو حَدَّادٌ ، أو كانَتِ الشَّاةُ عَظِيمَةَ الضَّرْعِ خِلْقَةً ، فظَنَّ أنَّها كَثِيرَةُ اللَّبَنِ ، لم يكنْ له خِيارٌ ؛ لأنَّ هذا لا يَتَعَيَّنُ لِلْجِهَةِ التى ظَنَّها ؛ فإنَّ امْتِلاءَ البَطْنِ قد يكونُ لأكْلٍ أو شُرْبٍ أو غيرِهما ، وسَوادَ أنامِلِ العَبْدِ قد يكونُ لِوَلَغٍ بالدَّواةِ ، أو لكَوْنِه شارِعًا فى الكِتَابَةِ ، أو غُلامًا لِكَاتِبٍ ، فَحمْلُه على أنَّه كاتِبٌ من بابِ الطَّمَعِ ، فلا يُثْبِتُ خِيارًا .

فصل : وإذا أرادَ إمْساكَ المُدَلَّسِ ، وأخْذَ الأرْشِ ، لم يكن له أرْشٌ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ / لم يَجْعَلْ له فى المُصَرَّاةِ أرْشًا ، وإنَّما خَيَّرَهُ فى شَيْئَيْنِ ، قال : « إنْ شاءَ أمْسَكَ وإنْ شاءَ رَدَّهَا وصَاعًا من تَمْرٍ » . ولأنَّ المُدَلَّسَ ليس بعَيْبٍ ، فلم يَسْتَحِقّ من أجْلِه عِوَضًا . وإنْ تَعَذَّرَ عليه الرَّدُّ بتَلَفٍ ، فعليه الثَّمَنُ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ عليه الرَّدُّ فيما لا أرْشَ له ، فأشْبَهَ غيرَ المُدَلَّسِ . وإن تَعَيَّبَ عنده قَبلَ العِلْمِ بالتَّدْلِيسِ ، فله رَدُّه ورَدُّ أرْشِ العَيْبِ عنده ، وأخْذُ الثَّمَنِ . وإنْ شاءَ أمْسَكَ ، ولا شَىْءَ له . وإنْ عَلِمَ التَّدْلِيسَ ، فتَصَرَّفَ فى المَبِيعِ ، بَطَلَ رَدُّه ، كما لو تَصَرَّفَ فى المَبِيعِ المَعِيبِ . وإنْ أخَّرَ الرَّدَّ من غيرِ تَصَرُّفٍ ، فحُكْمُه حُكْمُ تأخُّرِ رَدِّ المَعِيبِ ، على ما سَنَذْكُره ، إنْ شاءَ اللهُ تعالى .

٢٢٥/٤ ظ

٧٤١ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا اشْتَرَى أمَةً ثَيِّبًا ، فأصَابَها ، أو اسْتَغَلَّهَا ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى عَيْبٍ ، كَانَ مُخَيَّرًا بَيْنَ أنْ يَرُدَّهَا ويأْخذَ الثَّمَنَ كَامِلًا ؛ لأنَّ الخَرَاجَ بالضَّمَانِ ، والوَطْءَ كالخِدْمَةِ ، وَبَيْنَ أنْ يَأْخُذَ مَا بَيْنَ الصِّحَّةِ والعَيْبِ)

فى هذه المسألةِ فُصُولٌ خمسةٌ :

أحدُها ، أنَّ مَن عَلِمَ بسِلْعَتِه عَيْبًا ، لم يَجُزْ بَيْعُها ، حتى يُبَيِّنَه لِلْمُشْتَرِى . فإنْ لم

يُبَيِّنه فهو آثِمٌ عاصٍ . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لما رَوَى حَكِيمُ بن حِزامٍ ، عن النَّبِيِّ ﷺ أنَّه قال : « الْبَيِّعَانِ بالخِيَارِ ما لم يَتفرَّقَا ، فَإِنْ صَدَقَا وبَيَّنَا بُورِكَ لَهُمَا ، وإِنْ كَذَبَا وكَتَمَا مُحِقَ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا » مُتَّفَقٌ عليه[1] . وقال عليه السَّلامُ : « المُسْلِمُ أَخُو المُسْلِمِ ، لا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ من أخِيهِ بَيْعًا إِلَّا بَيَّنَهُ لَهُ » . وقال : « مَنْ بَاعَ عَيْبًا لم يُبَيِّنْه ، لم يَزَلْ فى مَقْتِ اللهِ ، وَلَمْ تَزَلِ الْمَلَائِكَةُ تَلْعَنُه » . رَواهما ابنُ ماجَه[2] . ورَوَى التِّرمِذِيُّ[3] ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « مَنْ غَشَّنَا فلَيْسَ مِنَّا » . وقال : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، والعَمَلُ عليه عند أَهْلِ العِلْمِ ، كَرِهُوا الغِشَّ ، وقالوا : هو حَرامٌ . فإنْ باعَه ، ولم يُبَيِّنْه ، فالبَيْعُ صَحِيحٌ فى قولِ أكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ ، منهم مالِكٌ ، وأبو حنيفةَ ، والشَّافِعِيُّ . وحُكِيَ عن أبى بكرٍ عبدِ العَزِيزِ ، أنَّ البَيْعَ باطِلٌ ؛ لأنَّه مَنْهِيٌّ عنه . والنَّهْيُ يَقْتَضِي الفَسادَ . ولَنا ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عن التَّصْرِيَةِ ، وصَحَّحَ البَيْعَ مَعَها[4] . وقد رُوِيَ عن أبى بكرٍ أنَّه قيل له : ما تَقُولُ فى المُصَرَّاةِ ؟ فلم يَذْكُرْ جَوابًا .

الفصل الثانى ، أنَّه مَتَى عَلِمَ بالمَبِيعِ عَيْبًا ، لم يكن عالِمًا به ، فله الخِيارُ بين الإِمْساكِ والفَسْخِ ، سواءٌ كان البائِعُ عَلِمَ العَيْبَ وكَتَمَه ، أو لم يَعْلَمْ . لا نَعْلَمُ بين أَهْلِ العِلْمِ فى هذا خِلافًا . وإثْباتُ النَّبِيِّ ﷺ الخِيارَ بالتَّصْرِيَةِ تَنْبِيهٌ على ثُبُوتِه بالعَيْبِ . ولأنَّ مُطْلَقَ العَقْدِ يَقْتَضِي السَّلامةَ من العَيْبِ ؛ بِدَليل ما رُوِيَ عن النَّبِيِّ ﷺ ، أنَّه اشْتَرَى مَمْلُوكًا فكَتَبَ : « هَذا مَا اشْتَرَى مُحمدُ بْنُ عَبْدِ اللهِ مِنَ الْعَدَّاءِ بْنِ خالِدٍ ، اشْتَرَى مِنْهُ عَبْدًا ، أَوْ أَمَةً ، لا دَاءَ بِهِ ، وَلَا غَائِلَةَ ، بَيْعُ المُسْلِمِ الْمُسْلِمَ »[5] . فَثَبَتَ

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٦ .

(٢) فى : باب من باع عيبا فليبينه ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٥/٢ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١١١ .

(٤) سقط من : م .

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا بين البيعان و لم يكتما ونصحا ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٧٦/٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كتابة الشروط ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٢١/٥ . وابن ماجه ، فى : باب شراء الرقيق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٦/٢ .

أنَّ بَيْعَ المُسْلِمِ اقْتَضَى السَّلامةَ . ولأنَّ الأصْلَ السَّلامةُ ، والعَيْبُ حادِثٌ أو مُخالِفٌ لِلظَّاهِرِ ، فعند الإطْلاقِ يُحْمَلُ عليها ، فمتى فاتَتْ فات بعضُ مُقْتَضَى العَقْدِ ، فلم يَلْزَمْه أخْذُه بالعِوَضِ[٦] ، وكان له الرَّدُّ ، وأخْذُ الثَّمَنِ كامِلًا .

فصل : خِيَارُ الرَّدِّ بالعَيْبِ على التَّراخِى ، فمتى عَلِمَ العَيْبَ ، فأَخَّرَ الرَّدَّ ، لم يَبْطُلْ خِيَارُه ، حتى يُوجَدَ منه ما يَدُلُّ على الرِّضا . ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ . وذَكَرَ القاضِى شَيْئًا يَدُلُّ على أنَّ فيه رِوايَتَيْنِ ؛ إحداهما ، هو على التَّراخِى . والثانية ، هو على الفَوْرِ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ، فمتى عَلِمَ العَيْبَ ، فأَخَّرَ رَدَّه مع إمْكانِه ، بَطَلَ خِيارُه ؛ لأنَّه يَدُلُّ على الرِّضَا به[٧] ، فأَسْقَطَ خِيارُه ، كالتَّصَرُّفِ فيه . ولَنا ، أنَّه خِيارٌ لِدَفْعِ ضَرَرٍ مُتَحَقِّقٍ ، فكان على التَّراخِى ، كالقِصاصِ ، ولا نُسَلِّمُ دَلالَةَ الإمْساكِ على الرِّضا به .

الفصل الثالث ، أنَّه لايَخْلُو المَبِيعُ من أنْ يكونَ بحالِه ، فإنَّه يَرُدُّه ويَأْخُذُ رَأْسَ مالِه ، أو يكونَ قد زادَ بعد العَقْدِ ، أو جُعِلَتْ له فائِدَةٌ ، فذلك قِسْمانِ : أحدُهما ، أنْ تكونَ الزِّيادةُ مُتَّصِلَةً ، كالسِّمَنِ ، والكِبَرِ ، والتَّعَلُّمِ ، والحَمْلِ قبل الوَضْعِ ، والثَّمَرَةِ قبل التَّأْبِيرِ ، فإنه يَرُدُّها بنَمائِها ؛ لأنَّه يَتْبَعُ فى العُقُودِ والفُسُوخِ . القسم الثانى ، أنْ تكونَ الزِّيادةُ مُنْفَصِلَةً ، وهى نَوْعانِ ؛ أحدُهما ، أنْ تكونَ الزِّيادةُ من غيرِ عَيْنِ المَبِيعِ ، كالكَسْبِ ، وهو معنى قولِه : « أو اسْتَغَلَّها » . يَعْنِى أخَذَ غَلَّتَها ، وهى مَنافِعُها الحاصِلَةُ من جِهَتِها ، كالخِدْمَةِ / ، والأُجْرَةِ ، والكَسْبِ ، وكذلك ما يُوهَبُ أو يُوصَى له به ، فكلُّ ذلك لِلْمُشْتَرِى فى مُقابَلَةِ ضَمانِه ؛ لأنَّ العَبْدَ لو هَلَكَ هَلَكَ من مالِ المُشْتَرِى ، وهو مَعْنَى قولِه عليه السَّلامُ : « الخَراجُ بالضَّمانِ »[٨] . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا . وقد رَوَى ابنُ ماجَه ، عن هِشَامِ بن عمارٍ ، عن مُسْلِمِ بن خَالِدٍ ، عن هِشَامِ بن عُرْوَةَ ، عن أبيه ، عن عَائِشَةَ رَضِىَ اللهُ عنها ، أنَّ رَجُلًا اشْتَرَى عَبْدًا ،

٢٢٦/٤ ظ

---

(٦) فى م : « بالعروض » .

(٧) سقط من : م .

(٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣.

فَاسْتَغَلَّه ما شَاءَ اللهُ ، ثم وَجَدَ به عَيْبًا فرَدَّه ، فقال : يَا رَسُولَ اللهِ إنَّه اسْتَغَلَّ غُلَامِى ، فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « الخَرَاجُ بالضَّمَانِ » . ورَوَاه[9] أبو داودَ والشَّافِعِىُّ[10] ، ورواهُ سَعِيدٌ فى « سُنَنِه » عن مُسْلِمٍ ، بهذا الإسنادِ ، وقال فيه[11] : « الْغَلَّةُ بِالضَّمَانِ »[12] . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، ولا نَعْلَمُ عن غيرِهم خِلافَهُم . والنَّوْعُ الثَّانى ، أنْ تَكُونَ الزِّيادَةُ مِن عَيْنِ المَبِيعِ ، كالوَلَدِ ، والثَّمَرَةِ ، واللَّبَنِ ، فهى لِلْمُشْتَرِى أيضًا ، ويَرُدُّ الأصْلَ دُونَها . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال مالِكٌ : إنْ كان النَّماءُ ثَمَرَةً لم يَرُدَّهَا ، وإنْ كان وَلَدًا رَدَّهُ معها ؛ لأنَّ الرَّدَّ حُكْمٌ ، فسَرَى إلى الوَلَدِ[13] كالكِتابَةِ . وقال أبو حنيفةَ : النَّماءُ الحادِثُ فى يَدِ المُشْتَرِى يَمْنَعُ الرَّدَّ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ رَدُّ الأصلِ بُدونِه ، لأنَّه مِن مُوجِبِه ، فلا يُرْفَعُ العَقْدُ مع بقاءِ مُوجِبِه ، ولا يُمْكِنُ رَدُّه معه ؛ لأنَّه لم يَتَناوَلْه العَقْدُ . ولنا ، أنَّه حادِثٌ فى مِلْكِ المُشْتَرِى ، فلم يَمْنَع الرَّدَّ ، كما لو كان فى يَدِ البائِعِ ، وكالكَسْبِ . ولأنَّه نَماءٌ مُنْفَصِلٌ ، فجَازَ رَدُّ الأصلِ بُدونِه ، كالكَسْبِ والثَّمرَةِ عندَ مالِكٍ . وقولُهم : إنَّ النَّماءَ مُوجَبِ العَقْدِ . غيرُ صَحِيحٍ ، إنَّما مُوجَبُه المِلْكُ ، ولو كان مُوجَبًا لِلْعَقْدِ لعادَ إلى البائِعِ بالفَسْخِ . وقولُ مالِكٍ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الوَلَدَ ليس بمَبِيعٍ ، فلا يُمْكِنُ رَدُّه بحُكْمِ رَدِّ الأُمِّ . ويَبْطُلُ ما ذَكَرَه بِنَقْلِ المِلْكِ بالهِبَةِ ، والبَيْعِ ، وغيرِهما ، فإنَّه لا يَسْرِى إلى الوَلَدِ بِوُجُودِه فى الأُمِّ ، وإنْ كان قد نَقَصَ ، فهذا نَذْكُرُ حُكْمَه ، إنْ شاء الله تعالى .

الفصلُ الرّابع ، إنْ كان المَبِيعُ جَارِيَةً ثَيِّبًا فوطِئَها المُشْتَرِى قبلَ عِلْمِه بالعَيْبِ ،

---

(٩) فى م : « رواه » .

(١٠) انظر : ترتيب مسند الشافعى ٢/١٤٤ ، فى الباب الأول فيما نهى عنه من البيوع وأحكام أخر ، من كتاب البيوع .

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) وأخرجه الإمام أحمد بهذا اللفظ ، فى : المسند ٦/٨٠ ، ١١٦ ، ١٦١ .

(١٣) فى م : « ولدها » .

فله رَدُّها ، وليس معها شيءٌ . ورُوِىَ ذلك عن زَيْدِ بن ثابتٍ . وبه قال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، / وعُثْمانُ البَتِّىُّ . وعن أحمدَ رِوايَةٌ أُخْرَى ؛ أنَّه يَمْنَعُ الرَّدَّ . ٢٢٧/٤ و
ويُرْوَى ذلك عن عَلِىٍّ رَضِىَ اللهُ عنه . وبه قال الزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، وإسحاقُ ؛ لأنَّ الوَطْءَ يَجْرِى مَجْرَى الجِنايَةِ ، لأنَّه لا يَخْلُو فى مِلْكِ الغيرِ مِن عُقُوبَةٍ ، أو مالٍ ، فوَجَبَ أنْ يَمْنَعَ الرَّدَّ ، كما لو كانت بِكْرًا . وقال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، وسعيدُ بن المُسَيَّبِ ، وابنُ أبى لَيْلَى : يَرُدُّها ، ومعها أرْشٌ . واخْتَلَفُوا فيه ؛ فقال شُرَيْحٌ ، والنَّخَعِىُّ : نِصْفُ عُشْرِ ثَمَنِها . وقال الشَّعْبِىُّ : حُكُومَةٌ . وقال ابنُ المُسَيَّبِ : عَشَرَةُ دَنانِيرَ . وقال ابنُ أبى لَيْلَى : مَهْرُ مِثْلِها . وحُكِىَ نَحْوُ قَوْلِه عن عُمَرَ بن الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وذَكَرَه ابنُ أبى مُوسَى رِوايَةً عن أحمدَ ؛ لأنَّه إذا فَسَخَ صارَ واطِئًا فى مِلْكِ الغيرِ ، لكَوْنِ الفَسْخِ رَفْعًا للعَقْدِ مِن أصلِه . ولنا ، أنَّه مَعْنًى لا يَنْقُصُ عَيْنَها ، ولا قِيمَتَها ، ولا يَتَضَمَّنُ الرِّضا بالعَيْبِ ، فلا[14] يَمْنَعُ الرَّدَّ ، كالاسْتِخْدامِ ، وكَوَطْءِ الزَّوْجِ . وما قالوه يَبْطُلُ بوَطْءِ الزَّوْجِ ، ووَطْءُ البِكْرِ يَنْقُصُ ثَمَنَها . وقولُهم : يكون واطِئًا فى مِلْكِ الغيرِ . ليس بصَحِيحٍ ؛ لأنَّ الفَسْخَ رَفْعٌ للعَقْدِ مِن حِينِه ، لا مِن أصلِه ، بِدَلِيلِ أنه لا يُبْطِلُ الشُّفْعَةَ ، ولا يُوجِبُ رَدَّ الكَسْبِ ، فيَكُونُ وَطْؤُه فى مِلْكِه .

فصل : ولو اشْتَرَى مُزَوَّجَةً ، فوَطِئَها الزَّوْجُ ، لم يَمْنَعْ ذلك الرَّدَّ . بغيرِ خلافٍ نَعْلَمُه . فإنْ زَوَّجَها المُشْتَرِى ، فوَطِئَها الزَّوْجُ ، ثم أرادَ رَدَّهَا بالعَيْبِ ، فإنْ كان ذلك النِّكاحُ باقِيًا فهو عَيْبٌ حادِثٌ ، وإنْ كان قد زالَ ، فَحُكْمُه حُكْمُ وَطْءِ السَّيِّدِ . وقد اسْتَحْسَنَ أحمدُ رَحِمَه اللهُ أنَّه يَمْنَعُ الرَّدَّ . وهو مَحْمُولٌ على الرِّوايَةِ الأُخْرَى ؛ إذ لا فَرْقَ بينَ هذا ، وبينَ وَطْءِ السَّيِّدِ . وإنْ زَنَتْ فى يَدِ المُشْتَرِى ، ولم يَكُنْ عَرَفَ ذلك منها ، فهو عَيْبٌ حادِثٌ ، حُكْمُه حُكْمُ العُيُوبِ الحادِثَةِ ، ويَحْتَمِلُ أنْ يَكُونَ

---

(١٤) فى الأصل : « فلم » .

عَيْبًا بكُلِّ حالٍ ؛ لأنَّه لَزِمَها حُكْمُ الزِّنَى فى يَدِ المُشْتَرِى .

الفصلُ الخامس ؛ أنَّه إذا اختارَ المُشْتَرِى إمساكَ المَعِيبِ ، وأخْذَ الأرْشِ[١٥] ، فله ذلك . وهذا قولُ إسحاقَ . وقال أبو حنيفةَ ، والشّافِعِىُّ : ليس له إلَّا الإمساكُ ، أو الرَّدُّ ، وليس له أرْشٌ ، إلَّا أنْ / يَتَعَذَّرَ رَدُّ المَبِيعِ ، لأنَّ النَّبىَّ ﷺ جعَلَ لِمُشْتَرِى ٢٢٧/٤ ظ المُصَرّاةِ الخِيارَ بينَ الإمساكِ مِن غيرِ أرْشٍ ، أو الرَّدِّ . ولأنَّه يَمْلِكُ الرَّدَّ ، فلم يَمْلِكْ أخْذَ جُزْءٍ مِن الثَّمَنِ ، كالذى له الخِيارُ . ولَنا ، أنَّه ظَهَرَ على عَيْبٍ لم يَعْلَمْ به ، فكان له الأرْشُ ، كما لو تَعَيَّبَ عِنْدَه . ولأنَّه فاتَ عليه جُزْءٌ مِن المَبِيعِ ، فكانتْ له المُطالَبَةُ بِعِوَضِه ، كما لو اشْتَرَى عَشْرَةَ أقْفِزَةٍ ، فبانَتْ تِسْعَةً ، أو كما لو أتْلَفَه بعدَ البَيْعِ ؛ فأمَّا المُصَرّاةُ فليس فيها عَيْبٌ ، وإنَّما مَلَكَ الخِيارَ بالتَّدْلِيسِ ، لا لِفَواتِ جُزْءٍ ، ولذلك لا يَسْتَحِقُّ أرْشًا إذا امْتَنَعَ الرَّدُّ عليه . إذا ثَبَتَ هذا ، فمعنى أرْشِ العَيْبِ أنْ يُقَوَّمَ المَبِيعُ صَحِيحًا ، ثم يُقَوَّمَ مَعِيبًا ، فيُؤْخَذَ قِسْطُ ما بينَهما مِن الثَّمَنِ ، فنِسْبَتُه إلى الثَّمَنِ نِسْبَةُ النُّقْصانِ بالعَيْبِ مِن القِيمَةِ ، مثالُه أنْ يُقَوَّمَ المَعِيبُ صَحِيحًا بِعَشْرَةٍ ، ومَعِيبًا بِتِسْعَةٍ ، والثَّمَنُ خَمْسَةَ عَشَرَ ، فقد نَقَصَه العَيْبُ عُشْرَ قِيمَتِه ، فيَرْجِعُ على البائِعِ بعُشْرِ الثَّمَنِ ، وهو دِرْهَمٌ ونِصْفٌ . وعِلَّةُ ذلك أنَّ المَبِيعَ مَضْمُونٌ على المُشْتَرِى بثَمَنِه ، ففَواتُ جُزْءٍ منه يُسْقِطُ عنه ضَمانَ ما قابَلَه مِن الثَّمَنِ أيضًا . ولأنَّنا لو ضَمَّنّاه نَقْصَ القِيمَةِ ، أفْضَى إلى اجْتِماعِ الثَّمَنِ والمُثْمَنِ للمُشْتَرِى ، فيما إذا اشْتَرَى شَيْئًا بِنِصْفِ قِيمَتِه ، فوَجَدَ به عَيْبًا يَنْقُصُه نِصْفَ قِيمَتِه ، مِثْلُ أن يَشْتَرِيَه بِعَشْرَةٍ وقِيمَتُه عِشْرُونَ ، فوَجَدَ به عَيْبًا يَنْقُصُه عَشْرَةً ، فأخَذَها ، حَصَلَ له المَبِيعُ ، ورجَعَ بثَمَنِه . وهذا معنى قولِ الخِرَقِىِّ : « أو يَأْخُذَ ما بَيْنَ الصِّحَّةِ والعَيْبِ » . وقد نَصَّ أحمدُ على ما ذَكَرْناه . وذَكَرَه الحَسَنُ البَصْرِىُّ ، فقال : يَرْجِعُ بِقِيمَةِ العَيْبِ فى الثَّمَنِ يَوْمَ اشْتَراه . قال أحمدُ : هذا أحْسَنُ ما سَمِعْتُ .

---

(١٥) فى م : « الأرض » .

٧٤٢ ـ مسألة ؛ قال : (وَإنْ كَانَتْ بِكْرًا ، فَأَرَادَ رَدَّهَا، كَانَ عَلَيْهِ مَا نَقَصَهَا)

يعنى الأَمَةَ البِكْرَ إذا وَطِئَها المُشْتَرِى ، ثم ظَهَرَ على عَيْبٍ ، فرَدَّها ، كان عليه أنْ يَرُدَّ معها أَرْشَ النَّقْصِ . وعن أحمدَ فى جوازِ رَدِّها رِوايَتانِ ؛ إحداهما ، لا يَرُدُّها ، ويَأْخُذُ أَرْشَ العَيْبِ . وبه / قال ابنُ سيرِينَ ، والزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، وإسْحاقُ . قال ابنُ أبى موسى : وهو الصَّحِيحُ عن أحمدَ . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، يَرُدُّها ، ويَرُدُّ معها شيْئًا . وبه قال شُرَيْحٌ ، وسَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، والنَّخَعِىُّ ، والشَّعْبِىُّ ، ومالِكٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، وأبو ثَوْرٍ . والواجِبُ رَدُّ ما نَقَصَ قِيمَتَها الوَطْءُ[1] ، فإذا كانت قِيمَتُها بِكْرًا عَشَرَةً ، وثَيِّبًا ثمانِيَةً ، رَدَّ دِينارَيْنِ ؛ لأنّه بفَسْخِ العَقْدِ يَصِيرُ مَضْمُونًا عليه بِقيمَتِه ، بخلافِ أَرْشِ العَيْبِ الذى يَأْخُذُه المُشْتَرِى . وهذا قولُ مالِك ، وأبى ثَوْرٍ . وقال شُرَيْحٌ ، والنَّخَعِىُّ : يَرُدُّ عُشْرَ ثَمَنِها . وقال سَعِيدُ ابن المُسَيَّبِ : يَرُدُّ عَشَرَةَ دَنانِيرَ . وما قلناه أَوْلَى ، إنْ شاء اللهُ تعالى . واحْتَجَّ مَنْ مَنَعَ رَدَّها بأنَّ الوَطْءَ نَقَصَ عَيْنَها وقِيمَتَها ، فلم يَمْلِكْ رَدَّها ، كما [إذا][2] اشْتَرَى عَبْدًا فخَصاهُ ، فنَقَصَتْ قِيمَتُه . ولَنا ، أنَّه عَيْبٌ حَدَثَ عندَ أحَدِ المُتَبايِعَيْنِ لا لِاسْتِعْلامٍ[3] ، فأثْبَتَ الخِيارَ ، كالعَيْبِ الحادِثِ عندَ البائِعِ قبلَ القَبْضِ .

فصل : وكُلُّ مَبِيعٍ كان مَعِيبًا ، ثم حَدَثَ به عندَ المُشْتَرِى عيبٌ آخَرُ ، قبلَ عِلْمِه[4] بالأَوَّلِ ، فعن أحمدَ رَحِمَه اللهُ فيه رِوايَتانِ ؛ إحْدَاهما ، ليس له الرَّدُّ ، وله أَرْشُ العَيْبِ القَدِيمِ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، والشَّافِعِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ ذلك عن ابن سِيرِينَ ، والزُّهْرِىِّ ، والشَّعْبِىِّ ؛ لأنَّ الرَّدَّ يَثْبُتُ[5] لإزالَةِ الضَّرَرِ ،

---

(١) فى م : « بالوطء » .

(٢) تكملة يقتضيها المعنى .

(٣) فى م : « للاستعلام » .

(٤) سقط من : م .

(٥) فى م : « ثبت » .

وفى الرَّدِّ على البائعِ إضرارٌ به ، ولا يُزالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ . والثَّانيةُ ، له الرَّدُّ ، ويَرُدُّ أَرْشَ العَيْبِ الحادِثِ عندَه ، ويَأْخُذُ الثَّمَنَ . وإنْ شاء أَمْسَكَهُ ، وله الأَرْشُ . وبهذا قال مالِكٌ وإسْحاقُ . وقال النَّخَعِيُّ ، وحَمّادُ ابن أبى سليمانَ : يَرُدُّهُ ونُقْصانَ العَيْبِ . وقال الحَكَمُ : يَرُدُّه . ولم يَذْكُرْ معه شيئًا . ولنا ، حَدِيثُ المُصَرّاةِ ؛ فإنَّ النَّبِيَّ ﷺ أمَرَ بِرَدِّهَا بَعْدَ حَلْبِها ، ورَدِّ عِوَضِ لَبَنِها[6] . واحْتَجَّ أحمد بأنَّ عثمانَ بن عَفّانَ رَضِىَ اللهُ عنه قَضَى فى الثَّوْبِ ، إذا كان به عَوارٌ[7] ، بِرَدِّه وإنْ كان قد لَبِسَه . ولأنَّه عَيْبٌ حَدَثَ عندَ المُشْتَرِى ، فكان له الخِيارُ بينَ رَدِّ المَبِيعِ وأَرْشِه ، وبين أَخْذِ أَرْشِ العَيْبِ القَدِيمِ ، كما لو كان حُدُوثُه لاسْتِعْلامِ المَبِيعِ . ولأنَّ / العَيْبَيْنِ قد استويا ، والبائِعُ قد دَلَّسَ به ، والمُشْتَرِى لم يُدَلِّسْ ، فكان رِعَايةُ جانِبِه أَوْلَى . ولأنَّ الرَّدَّ كان جائِزًا قبلَ حُدُوثِ العَيْبِ الثّانى ، فلا يَزُولُ إلّا بدَلِيلٍ ، وليس فى المَسْأَلَةِ إجماعٌ ولا نَصٌّ ، والقِياسُ إنّما يَكُونُ على أصلٍ ، وليس لِمَا ذَكَرُوه أصلٌ ، فيَبْقَى الجوازُ بحالِه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يَرُدُّ أَرْشَ العَيْبِ الحادِثِ عندَه ؛ لأنَّ المَبِيعَ بجُمْلَتِه مَضْمُونٌ عليه ، فكذلك أجزاؤه . وإنْ زالَ العَيْبُ الحادِثُ عندَ المُشْتَرِى ، رَدَّه ولا أَرْشَ معه ، على كِلْتا الرِّوايَتَيْنِ . وبه قال الشّافِعِىُّ ؛ لأنَّه زالَ المانِعُ ، مع قِيامِ السَّبَبِ المُقْتَضِى للرَّدِّ ، فثَبَتَ حُكْمُه . ولو اشْتَرَى أَمَةً ، فحَمَلَتْ عندَه ، ثم أصابَ بها عَيْبًا ، فالحَمْلُ عَيْبٌ فى الآدَمِيّاتِ دُونَ غَيْرِهِنَّ ؛ لأنَّه يَمْنَعُ الوَطْءَ ويُخافُ منه التَّلَفُ . فإنْ وَلَدتْ ، فالوَلَدُ للمُشْتَرِى . وإنْ نَقَصَتْها الوِلادَةُ ، فذلك عَيْبٌ أيضًا . وإنْ لم تَنْقُصْها الوِلادَةُ وماتَ الوَلَدُ ، جازَ رَدُّها ؛ لأنَّه زالَ العَيْبُ ، وإنْ كان وَلَدُها باقِيًا ، لم يَكُنْ له رَدُّها دونَ وَلَدِها ؛ لأنَّ[8] ذلك تَفْرِيقٌ بينَهما ، وهو مُحَرَّمٌ . وقال الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطّابِ فى « مسائِلِهما » : له الفَسْخُ فيها ، دُونَ

٢٢٨/٤ ظ

---

(٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٦ .

(٧) العَوَار : مثلثة العين ، هو العيب والخَرْق والشَّقّ فى الثوب . القاموس المحيط .

(٨) فى الأصل زيادة : « فى » .

وَلَدِها . وهو قولُ أكثرِ أصحابِ الشَّافِعِىّ . ولأنَّه مَوْضِعُ حاجةٍ ، فأشْبَهَ ما لو وَلَدَتْ حُرًّا ، فإنَّه يَجوزُ بَيْعُها دونَ وَلَدِها . ولَنا ، عُمُومُ[9] قولِ النَّبىِّ ﷺ : « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا ، فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ »[10] . ولأنَّه أمْكَنَ دَفْعُ الضَّرَرِ بأخْذِ الأرْشِ ، أو بِرَدِّ وَلَدِها معها ، فلم يَجُزِ ارْتِكابُ مَنْهِىِّ الشَّرْعِ بالتَّفْرِيقِ بينَهما ، كما لو أرادَ الإقالَةَ فيها دُونَ وَلَدِها . وقولُهم : إنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إليه . قُلْنا : قد انْدَفَعَتِ الحاجَةُ بأخْذِ الأرْشِ ، أمَّا إذا وَلَدَتْ حُرًّا ، فلا سَبِيلَ إلى بَيْعِه معها بحالٍ . ولو كان المَبِيعُ حَيَوانًا غيرَ الآدَمِىِّ ، فحَدَثَ به حَمْلٌ عندَ المُشْتَرِى ، لم يَمْنَعِ الرَّدَّ بالعَيْبِ ؛ لأنَّه زِيادَةٌ . وإنْ عَلِمَ بالعَيْبِ بعدَ الوَضْعِ ، ولم تَنْقُصْه الوِلادَةُ ، فله إمْساكُ الوَلَدِ ورَدُّ الأُمِّ ؛ لأنَّ التَّفْرِيقَ بينَهما جائِزٌ . ولا فَرْقَ بين حَمْلِها قبلَ القَبْضِ ، أو بعدَه . ولو اشْتَرَاها حامِلًا ، فوَلَدَتْ عندَه ، ثم اطَّلَعَ على العَيْبِ / فرَدَّها ، رَدَّ الوَلَدَ معها ؛ لأنَّه مِن جُمْلَةِ المَبِيعِ ، والزِّيادَةُ فيه نَماءٌ مُتَّصِلٌ بالمَبِيعِ ، فأشْبَهَ ما لو سَمِنَتِ الشَّاةُ . فإنْ تَلِفَ الوَلَدُ ، فهو كتَعَيُّبِ[11] المَبِيعِ عندَه . فإنْ قُلْنا : له الرَّدُّ . فعليه قِيمَتُه ، إنِ اخْتارَ رَدَّ الأُمِّ . وعند أحمدَ ؛ أنَّه لا قِيمَةَ عليه لِلْوَلَدِ . وحَمَلَه القاضى على أنَّ البائِعَ دَلَّسَ العَيْبَ . وإنْ نَقَصَتِ الأُمُّ بالوِلادَةِ ، فهو عَيْبٌ حادِثٌ ، حُكْمُه حُكْمُ العُيُوبِ الحادِثَةِ . ويُمْكِنُ حَمْلُ كلامِ أحمدَ على أنَّ الحَمْلَ لا حُكْمَ له . وهو[12] أحَدُ القَوْلَيْنِ للشَّافِعِىِّ . فعلَى هذا يَكُونُ الوَلَدُ حِينَئِذٍ لِلْمُشْتَرِى ، فلا يَلْزَمُه رَدُّه إنْ كان باقِيًا ، ولا قِيمَتُه إن[13] كان تالِفًا . والأوَّلُ هو الصَّحِيحُ ، وعليه العَمَلُ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالى .

٢٢٩/٤ و

---

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الفرق بين الأخوين ... ، من أبواب البيوع ، وفى : باب فى كراهية التفريق بين السبى ، من أبواب السير . عارضة الأحوذى ٢٨٣/٥ ، ٦١/٧ . والدارمى ، فى : باب النهى عن التفريق بين الوالدة وولدها ، من كتاب السير . سنن الدارمى ٢٢٨/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤١٣/٥ ، ٤١٤ .

(١١) فى الأصل : « كتعييب » . وهما بمعنى .

(١٢) فى م : « وهذا » .

(١٣) فى الأصل : « إذا » .

فصل : وإن كان المَبِيعُ كاتِبًا أو صانِعًا ، فنَسِيَ ذلك عند المُشْتَرِى ، ثم وَجَدَ به عَيْبًا ، فذلك عَيْبٌ حادِثٌ عندَ المُشْتَرِى ، حُكْمُه حُكْمُ غيرِه مِن العُيُوبِ . وعن أحمدَ ، يَرُدُّه ، ولا يَرُدُّ معه شيْئًا . وعَلَّلَه القاضى بأنَّه ليس بنَقْصٍ فى العَيْنِ ، ويُمْكِنُ عَوْدُه بالتَّذَكُّرِ . قال : وعلى هذا لو كان سَمِينًا فهَزَلَ . والقِياسُ ما ذَكَرْناه ؛ فإن الصِّناعَة[14] والكِتابَةَ مُتَقَوَّمَةٌ تُضْمَنُ فى الغَصْبِ ، وتَلْزَمُ بِشَرْطِها فى البَيْعِ ، فأشْبَهَتِ الأعيانَ والمَنافِعَ ، مِن السَّمْعِ والبَصَرِ ، والعَقْلِ ، وإمكانُ العَوْدِ مُنْتَقِضٌ بالسِّنِّ ، والبَصَرِ ، والحَمْلِ . ولعلَّ ما رُوِىَ عن أحمدَ أرادَ به ، إذا دَلَّسَ البائِعُ العَيْبَ .

فصل : وإذا تَعَيَّبَ المَبِيعُ فى يَدِ البائِعِ بعدَ العَقْدِ ؛ فإنْ كان المَبِيعُ مِن ضمانِه ، فحُكْمُه حُكْمُ العَيْبِ القَدِيمِ ، وإنْ كان مِن ضمانِ المُشْتَرِى ، فحُكْمُه حُكْمُ العَيْبِ الحادِث بعدَ القَبْضِ . فأمَّا الحادِثُ بعدَ القَبْضِ ، فهو مِن ضمانِ المُشْتَرِى ، ولا يَثْبُتُ به خِيارٌ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشّافِعِىُّ . وقال مالِكٌ : عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثلاثةُ أيّامٍ ، فما أصابَهُ فيها فهو مِن ضمانِ البائِعِ ، إلَّا فى الجُنُونِ ، والجُذامِ ، والبَرَصِ ، فإنْ ظَهَرَ إلى سَنَةٍ ثَبَتَ الخِيارُ ؛ لما رَوَى الحَسَنُ ، عن عُقْبَةَ ؛ أنَّ النَّبىَّ ﷺ جَعَلَ عُهْدَةَ الرَّقِيقِ ثلاثةَ أيّامٍ[15] . وأنَّه إجماعُ أهلِ المَدِينَةِ . ولأنَّ الحَيَوانَ يَكونُ فيه العَيْبُ ، ثم يَظْهَرُ . ولَنا ، أنَّه ظَهَرَ فى يَدِ المُشْتَرِى ، ويجوزُ أنْ يَكُونَ حادِثًا ، فلم يَثْبُتْ به الخِيارُ ، كسائِرِ المَبِيعِ ، أو ما بعدَ الثَّلاثةِ والسَّنَةِ / ، وحَدِيثُهُم لا يَثْبُتُ ؛ ٢٢٩/٤ ظ
قال الإمامُ أحمدُ : ليس فيه حَدِيثٌ صَحِيحٌ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : لا يَثْبُتُ فى العُهْدَةِ حَديثٌ صحيحٌ ، والحَسَنُ لم يَلْقَ عُقْبَةَ . وإجماعُ أهلِ المَدِينَةِ ليس بحُجَّةٍ . والدّاءُ

---

(١٤) فى م : « الصياغة » .

(١٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب عهدة الرقيق ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٤ . وابن ماجه عن سمرة بن جندب ، فى : باب عهدة الرقيق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٥٤ . والدارمى ، فى : باب فى الخيار والعهدة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٥١ .

الكامِنُ لا عِبْرَةَ به ، وإنّما النَّقْصُ بما ظَهَرَ لا بما كَمَنَ .

٧٤٣ – مسألة ؛ قال : (إلَّا أنْ يَكُونَ الْبَائِعُ دَلَّسَ الْعَيْبَ ، فَيَلْزَمُهُ رَدُّ الثَّمَنِ ، كَامِلًا . وكَذَلِكَ سَائِرُ الْمَبِيعِ)

مَعْنَى دَلَّسَ العَيْبَ : أى كَتَمَه عن المُشْتَرِى ، مع عِلْمِه به . أو : غَطَّاهُ عنه ، بما يُوهِمُ المُشْتَرِىَ عَدَمَه . مُشْتَقٌّ مِن الدُّلْسَةِ ، وهى الظُّلْمَةُ . فكأنَّ البائِعَ يَسْتُرُ العَيْبَ . وكِتْمَانُه[1] جَعْلُه فى ظُلْمَةٍ ، فَخفِىَ عن المُشترِى ، فلم يَرَه ، ولم يَعْلَمْ به . وسواءٌ فى هذا ما عَلِمَ به فكَتَمَه ، وما سَتَرَه ، فكلاهما تَدْلِيسٌ حرامٌ ، على ما بَيَّنّاه[2] . فإذا فَعَلَه البائِعُ ، فلم يَعْلَمْ به المُشْتَرِى حتى تَعَيَّبَ المَبِيعُ فى يَدِه ، فله رَدُّ المَبِيعِ ، وأخْذُ ثَمَنِه كامِلًا ، ولا أَرْشَ عليه ، سواءٌ كان الحادِثُ بِفِعْلِ المُشْتَرِى ، كَوَطْءِ البِكْرِ ، وقَطْعِ الثَّوْبِ ، أو بِفِعْلِ آدَمِىٍّ آخَرَ ، مِثْلُ أنْ يَجْنِىَ عليه جانٍ ، أو بِفِعْلِ العَبْدِ كالسَّرِقَةِ والإباقِ ، أو بِفِعْلِ اللهِ تعالى بالمَرَضِ ونَحْوِه ، سواءٌ كان ناقِصًا لِلْمَبِيعِ ، أو مُذْهِبًا لجميعِه . قال أحمدُ ، فى رَجُلٍ اشْتَرَى عَبْدًا ، فأبَقَ مِن يَدِه ، وأقامَ البَيِّنَةَ أنَّ إباقَهُ كان مَوْجُودًا فى يَدِ البائِعِ : يَرْجِعُ به على البائِعِ ، بجميعِ الثَّمَنِ الذى أخَذَه منه ؛ لأنه غَرَّ المُشْتَرِىَ ، ويَتْبَعُ[3] البائِعُ عَبْدَه حيثُ كان . وهذا يُحْكَى عن الحَكَمِ ، ومالِكٍ ؛ لأنَّه غَرَّه فيَرْجِعُ عليه ، كما لو غَرَّه بحُرِّيَّةِ أمَةٍ . وظاهِرُ حَدِيثِ المُصَرّاةِ يَدُلُّ على أنَّ ما حَدَثَ فى يَدِ المُشْتَرِى مَضْمُونٌ عليه ، سواءٌ دَلَّسَ البائِعُ العَيْبَ ، أو لم يُدَلِّسْه ، فإنّ التَّصْرِيَةَ تَدْلِيسٌ ، ولم يُسْقِطْ عن المُشْتَرِى ضَمانَ اللَّبَنِ ، بل ضَمَّنَه بصاعٍ مِن التَّمْرِ ، مع كَوْنِه قد نَهَى عن التَّصْرِيَةِ ، وقال : « بَيْعُ الْمُحَفَّلَاتِ خِلَابَةٌ ، وَلَا تَحِلُّ الْخِلَابَةُ لِمُسْلِمٍ »[4] . وقولُ النَّبِىِّ ﷺ : « الْخَرَاجُ

---

(١) فى الأصل : « أو كتانه » .

(٢) فى الأصل : « بينا » .

(٣) فى م : « ويتبع » . تحريف .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٦ .

بِالضَّمَانِ »[٥] . يَدُلُّ على أنّ مَن له الخَراجُ فعليه الضَّمانُ ؛ لكَوْنِه جَعَلَ الضَّمانَ عِلَّةً لِوُجُوبِ الخراجِ له[٦] . فلو كان ضمانُه على البائعِ لكان الخراجُ له ؛ لِوُجُودِ عِلَّتِه ، ولأنَّ وُجُوبَ الضَّمانِ على البائعِ لا يَثْبُتُ إلا بِنَصٍّ ، أو إجماعٍ ، أو قِياسٍ ، ولا نَعْلَمُ فى / هذا نَصًّا ولا إجماعًا ، والقِياسُ إنّما يَكُونُ على أصْلٍ ، ولا نَعْلَمُ لهذا أصلًا . ولا يُشْبِهُ هذا التَّغْرِيرَ بِحُرِّيَةِ الأمَةِ فى النِّكاحِ ؛ لأنَّه يَرْجِعُ على مَن غَرَّه ، وإنْ لم يَكُن سَيِّدَ الأمَةِ ، وههُنا لو كان التَّدْلِيسُ مِن وَكِيلِ البائعِ لم يَرْجِعْ عليه بشىءٍ . ٢٣٠/٤ و

فصل : فى مَعْرِفَةِ العُيُوبِ ؛ وهى النَّقائِصُ المُوجِبَةُ لنَقْصِ المالِيَّةِ [٧]فى عاداتِ التُّجّارِ[٧] ؛ لأنّ المَبِيعَ إنما صارَ مَحَلًّا للعَقْدِ باعْتِبارِ صِفَةِ المالِيَّةِ ، فما يُوجِبُ نَقْصًا فيها يكونُ[٨] عَيْبًا ، والمَرْجِعُ فى ذلك إلى العادَةِ فى عُرْفِ أهلِ هذا[٩] الشَّأْنِ ، وهم التُّجّارُ . فالعُيُوبُ فى الخِلْقَةِ ؛ كالجُنُونِ ، والجُذامِ ، والبَرَصِ ، والعِىِّ[١٠] ، والعَوَرِ ، والعَرَجِ ، والعَفَلِ[١١] ، والقَرَنِ[١٢] ، والفَتَقِ[١٣] ، والرَّتَقِ[١٤] ،

---

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣ .

(٦) فى النسخ : « عليه » .

(٧ – ٧) سقط من : م .

(٨) سقط من : م .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) العِىّ : عيى فى المَنطق عيًّا : حصر . لسان العرب (ع ى ى) .

(١١) العفل : شىء مدور يخرج بالفرج . لسان العرب (ع ف ل) .

(١٢) القرن : شبيه بالعفلة ، وقيل : هو كالنُّتوء فى الرحم ، يكون فى النِّساء والشّاء والبقر . والقرن بالسكون اسم العفلة ، والقرن بالفتح ، اسم العيب . لسان العرب (ق ر ن) .

(١٣) الفَتْقاء : هى المرأة التى صار مسلكاها واحدًا . لسان العرب (ف ت ق)

(١٤) الرَّتَق : بالتحريك مصدر قولك : رتقت المرأةُ رتقا ، وهى رَتْقاء بينة الرتق : التصق ختانها فلم تُنل لارتتاق ذلك الموضع منها ، فهى لا يستطاع جماعها . لسان العرب (ر ت ق) .

والقَرَعِ[15] ، والصَّمَمِ ، والطَّرَشِ[16] ، والخَرَسِ ، وسائِرِ المَـرَضِ ، والأُصْبُعِ الزَّائِدَةِ والنَّاقِصَةِ ، والحَوَلِ ، والخَوَصِ[17] ، والسَّبَلِ ، وهو زِيادَةٌ فى الأجفانِ ، والتَّخْنِيثِ[18] ، وكَوْنِه خُنْثَى ، والخِصَاءِ ، والتَّزَوُّجِ فى الأَمَةِ ، والبَخَرِ[19] فيها . وهذا كُلُّه قولُ أبى حنيفةَ والشَّافِعِىِّ . ولا أَعْلَمُ فيه خِلافًا . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كُلُّ مِن نَحْفَظُ عنه مِن أهلِ العِلْمِ فى الجارِيَةِ تُشْتَرَى ولها زَوْجٌ ، أنَّه عَيْبٌ . وكذلك الدَّيْنُ فى رَقَبَةِ العَبْدِ إذا كان السَّيِّدُ مُعْسِرًا ، والجِنايَةُ المُوجِبَةُ لِلْقَوَدِ ؛ لأنَّ الرَّقَبَةَ صارَتْ كالمُسْتَحِقَّةِ لِوُجُوبِ الدَّفْعِ فى الجِنايَةِ والبَيْعِ فى الدَّيْنِ ، ومُسْتَحِقَّةً للإتلافِ بالقِصاصِ ، والزِّنَى والبَخَرُ عَيْبٌ[20] فى العَبْدِ والأَمَةِ جميعًا . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : ليس ذلك[20] بِعَيْبٍ فى العَبْدِ ؛ لأنَّه لا يُرادُ لِلْفِراشِ والاسْتِمْتاعِ به ، بخِلافِ الأَمَةِ . ولَنا ، أنَّ ذلك يَنْقُصُ قِيمَتَه ومَالِيَّتَه ، فإنَّه بالزِّنَى يَتَعَرَّضُ لإقامَةِ الحَدِّ عليه والتَّعْزِيرِ ، ولا يَأْمَنُه سَيِّدُه على عائِلَتِه وحَرِيمِه ، والبَخَرُ يُؤْذِى سَيِّدَه ، ومَن جالَسَه وخاطَبَه أو سارَّه . وأمَّا السَّرِقَةُ ، والإباقُ ، والبَوْلُ فى الفِراشِ ، فهى عُيُوبٌ فى الكَبِيرِ الذى جاوَزَ العَشْرَ . وقال أصحابُ أبى حنيفةَ : فى الذى يَأْكُلُ وَحْدَه ويَشْرَبُ وَحْدَه . وقال الثَّوْرِىُّ وإسحاقُ : ليس بِعَيْبٍ فيه حتى يَحْتَلِمَ ؛ لأنَّ الأحكامَ تَتَعَلَّقُ به ، مِنَ التَّكْلِيفِ ، وُوُجُوبِ الحُدُودِ ، بِبُلُوغِه ، فكذلك / هذا . ولَنا ، أنَّ الصَّبِىَّ العاقِلَ ٤/٢٣٠ ظ

---

(١٥) القرع : قرع الرأس ، وهو أن يصلع فلا يبقى على رأسه شعر . وقيل : هو ذهاب الشعر من داء . لسان العرب (ق ر ع) .

(١٦) الطَّرَش : الصَّمَم . وقيل : هو أهون الصمم . لسان العرب (ط ر ش) .

(١٧) الخوص : ضيقُ العين وصغرها وغئورها ، رجل أخوص بين الخوص ، أى غائر العين . لسان العرب (خ و ص) .

(١٨) التخنيث : خَنَّث الرجل كلامه – بالتثقيل – إذا شبَّهه بكلام النساء لِينًا ورخامة . تاج العروس (خ ن ث) .

(١٩) البخر : الرائحة المتغيرة من الفم . لسان العرب (ب خ ر) .

(٢٠) سقط من : الأصل .

يَتَحَرَّزُ مِن هذا عادَةً ، كَتَحَرُّزِ الكَبِيرِ ، فوُجُودُه مِنه فى تلك الحالِ يَدُلُّ على أنّ البَوْلَ لدَاءٍ فى باطِنِه ، والسَّرِقَةَ والإباقَ لِخُبْثٍ فى طَبْعِه ، وحُدَّ ذلك بالعَشْرِ لأمْرِ النَّبىِّ ﷺ بتَأْدِيبِ الصَّبِىِّ على تَرْكِ الصَّلاةِ عندَها ، والتَّفْرِيقِ بينهم فى المَضاجِعِ لِبُلُوغِها[٢١] . فأمّا مَن دونَ ذلك فتَكُونُ هذه الأُمُورُ منه لِضَعْفِ عَقْلِه ، وعَدَمِ تَثَبُّتِه . وكذلك إنْ كان العَبْدُ يَشْرَبُ الخَمْرَ ، أو يَسْكَرُ مِن النَّبِيذِ . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنّه يُوجِبُ عليه الحَدَّ ، فهو كالزِّنَى . وكذلك الحُمْقُ الشَّدِيدُ ، والاسْتِطالَةُ على النَّاسِ ؛ لأنّه يَحْتاجُ إلى التَّأْدِيبِ ، ورُبّما تَكَرَّرَ فأفْضَى إلى تَلَفِه ، ولا يكون عَيْبًا إلّا فى الكَبِيرِ دونَ الصَّغِيرِ ؛ لأنّه مَنْسُوبٌ إلى فِعْلِه . وعَدَمُ الخِتانِ ليس بِعَيْبٍ فى الصَّغِيرِ ؛ لأنّه لم يَفُتْ وَقْتُه ، ولا فى الأمَةِ الكَبِيرَةِ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أصحابُ أبى حنيفةَ : هو عَيْبٌ فيها ؛ لأنّه زِيادَةُ ألَمٍ ، فأشْبَهَتِ العَبْدَ . ولَنا ، أنّه ليس بواجِبٍ فى حَقِّها ، والألَمُ فيه يَسِيرٌ لا يُخْشَى منه التَّلَفُ ، بخلافِ العَبْدِ الكَبِيرِ . فأمّا العَبْدُ الكَبِيرُ ، فإنْ كان مَجْلُوبًا مِن الكُفارِ ، فليس ذلك بِعَيْبٍ فيه ؛ لأنّ العادَةَ أنّهم لا يَخْتِتنُونَ ، فصارَ ذلك مَعْلُومًا عندَ المُشْتَرِى ، فهو كدِينِهم . وإنْ كان مُسْلِمًا مَوْلِدًا ؛ فهو عَيْبٌ فيه ؛ لأنّه يُخْشَى عليه مِنه ، وهو خلافُ العادَةِ .

فصل : والثُّيُوبَةُ ليست عَيْبًا ؛ لأنَّ الغالِبَ على الجَوارِى الثُّيُوبَةُ ، فالإطلاقُ لا يَقْتَضِى خلافَها ، وكَوْنُها مُحَرَّمَةً على المُشْتَرِى بِنَسَبٍ أو رَضاعٍ ، ليس بِعَيْبٍ ، إذ ليس فى المَحَلِّ ما يُوجِبُ خَلَلًا فى الماليَّةِ ، ولا نَقْصًا ، وإنّما التَّحْرِيمُ مُخْتَصٌّ به . وكذلك الإحرامُ والصِّيامُ ؛ لأنّهما يَزُولانِ قَرِيبًا . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشّافِعِىُّ . ولا نَعْلَمُ لهما مُخَالِفًا . وكذلك عِدَّةُ البائِنِ . وأمّا عِدَّةُ الرَّجْعِيَّةِ فهى عَيْبٌ ؛ لأنّ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ ، ولا يُؤْمَنُ ارْتِجاعُه لها . ومَعْرِفَةُ الغِناءِ والحِجامَةِ لَيْسَتْ بِعَيْبٍ . وحُكِىَ عن مالِكٍ ، فى الجارِيَةِ المُغَنِّيَةِ ، أنّ ذلك عَيْبٌ فيها ؛ لأنّ الغِناءَ

---

(٢١) تقدم تخريجه فى : ٣٥٠/٢ .

مُحَرَّمٌ . ولَنا ، أنَّ هذا ليس بنَقْصٍ فى عَيْنِها ، ولا قِيمَتِها ، فلم يكُنْ عَيْبًا كالصِّناعَةِ ، / ولا نُسَلِّمُ أنّ الغِناءَ مُحَرَّمٌ ، وإنْ سَلَّمْناه ، فالمُحَرَّمُ اسْتِعْمالُه ، لا مَعْرِفَتُه ، ٢٣١/٤ و
والعَسَرُ[٢٢] ليس بِعَيْبٍ ، وكان شُرَيحٌ يَرُدُّ به . ولنا ، أنَّه ليس بِنَقْصٍ ، وعَمَلُه بإحْدَى يَدَيْهِ يَقُومُ مَقامَ عَمَلِه بالأُخْرَى ، والكُفْرُ ليس بعَيْبٍ . وبه قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : هو عَيْبٌ ؛ لأنَّه نَقْصٌ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِ اللهِ تعالى ﴿ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُم ﴾[٢٣] . وَلَنا ، أنّ العَبِيدَ يكونُ فيهم المسلمُ والكافِرُ ، والأصلُ فيهم الكُفْرُ ، فالإطلاقُ لا يَقْتَضِى خلافَ ذلك ، وكَوْنُ المُؤْمِنِ خَيْرًا مِن الكافِرِ لا يَقْتَضِى كَوْنَ الكُفْرِ عَيْبًا ، كما أنّ المُتَّقِى خيرٌ مِن غيرِه ، قال اللهُ تعالى : ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ أَتْقَاكُمْ ﴾[٢٤] . ولَيْسَ عَدَمُ ذلك عَيْبًا . وكَوْنُه وَلَدَ زِنًى ليس بِعَيْبٍ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : هو عَيْبٌ فى الجارِيَةِ ؛ لأنّها تُرادُ للافْتِراشِ ، بخلافِ العَبْدِ . ولَنا ، أنّ النَّسَبَ فى الرَّقِيقِ غيرُ مَقْصُودٍ ، بِدَلِيلِ أنّهم يُشْتَرونَ مَجْلُوبِينَ ، غيرَ مَعْرُوفِى النَّسَبِ . وكَوْنُ الجارِيَةِ لا تُحْسِنُ الطَّبْخَ أو الخَبْزَ أو نَحوَ هذا ليس بِعَيْبٍ ؛ لأنَّ هذه حِرْفَةٌ ، فلم يكن فَواتُها عَيْبًا ، كسائِرِ الصَّنائِعِ ، وكَوْنُها لا تَحِيضُ ، ليس بِعَيْبٍ . وقال الشّافعىُّ : هو عَيْبٌ إذا كان لِكِبَرٍ ؛ لأنَّ مَن لا تَحِيضُ لا تَحْمِلُ . ولَنا ، أنَّ الإطْلاقَ لا يَقْتَضِى الحَيْضَ ، ولا عَدَمَهُ ، فلم يكن فَواتُه عَيْبًا ، كما لو كان لغيرِ الكِبَرِ .

فصل : وإذا اشْتَرَطَ المُشْتَرِى فى المَبِيعِ[٢٥] صِفَةً مَقْصُودَةً مِمَّا لا يُعَدُّ فَقْدُه عَيْبًا ، صَحَّ اشْتِراطُه ، وصارَتْ مُسْتَحَقَّةً ، يَثْبُتُ له خِيارُ الفَسْخِ عندَ عَدَمِها ، مثل أن يَشْتَرِطَ مُسْلِمًا ، فَيِبينَ كافِرًا ، أو يَشْتَرِطَ الأَمَةَ بِكْرًا أو جَعْدَةً أو طَبَّاخَةً ، أو ذاتَ

---

(٢٢) العَسَر : العمل بالشمال ، دون اليمين .

(٢٣) سورة البقرة ٢٢١ .

(٢٤) سورة الحجرات ١٣ .

(٢٥) فى الأصل : « البيع » .

صَنْعَةٍ ، أو لَبَنٍ ، أو أنَّها تَحِيضُ ، أو يَشْتَرِطَ فى الدَّابَّةِ أنَّها هِمْلاجَةٌ[٢٦] ، أو فى الفَهْدِ أنَّه صَيُودٌ ، وما أشْبَه هذا . فمتى بانَ خِلافُ ما اشْتَرطَه[٢٧] ، فله الخِيارُ فى الفَسْخِ ، والرُّجُوعُ بالثَّمَنِ ، أو الرِّضا به ، ولا شىءَ له . لا نَعْلَمُ بينهم فى هذا خِلافًا ؛ لأنَّه شَرَطَ وَصْفًا مَرْغُوبًا فيه ، فصارَ بالشَّرْطِ مُسْتَحِقًّا . فأمَّا إن شرطَ صِفَةً غيرَ مَقْصُودَةٍ ، فبانَتْ بخِلافِها ، مثلَ أن يَشْتَرِطَها سَبِطَةً[٢٨] فبانَتْ جَعْدَةً ، أو جاهِلَةً ، فبانَتْ عالِمةً ، فلا خِيارَ له ؛ لأنَّه زادَهُ خَيْرًا . وإن شَرَطَها / كافِرَةً فبانَتْ مُسْلِمَةً ، أو ثَيِّبًا ، فبانَتْ بِكْرًا ، فله الخِيارُ ؛ لأنَّ فيه قَصْدًا صَحِيحًا ، وهو أنَّ طالِبَ الكافِرَةِ أكْثَرُ ؛ لِصَلاحِيَتِها لِلْمُسْلِمِينَ وغيرِهم ، أو لِيَسْتَرِيحَ من تَكْلِيفِها العِباداتِ . وقد يَشْتَرِطُ الثَّيِّبَ ؛ لِعَجْزِه عن البِكْرِ ، أو لِيَبِيعَها لِعاجِزٍ عن البِكْرِ . فقد فاتَ قَصْدُه . وقيل : لا خِيارَ له ؛ لأنَّ هٰذين زِيادَةٌ ، وهو قولُ الشَّافِعِىِّ فى البِكْرِ ، واخْتِيارُ القاضى . واسْتَبْعدَ كونَه يَقْصدُ الثُّيُوبَةَ ، لِعَجْزِه عن البِكْرِ ، وليس هذا بِبَعِيدٍ ، فإنَّه مُمْكِنٌ ، والاشْتِراطُ يَدُلُّ عليه ، فيَصِيرُ بالدَّلِيلِ قرِيبًا . وإنْ شَرَطَ الشَّاةَ لَبُونًا ، صَحَّ ، وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لا يجوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ فى الضَّرْعِ ، فلم يَجُزْ شَرْطُهُ . ولَنا ، أنَّه أمْرٌ مَقْصُودٌ يَتَحقَّقُ فى الحَيَوانِ ، ويَأْخُذُ قِسْطًا من الثَّمَنِ ، فصَحَّ اشْتِراطُه ، كالصِّناعَةِ فى الأمَةِ ، والهَمْلَجَةِ فى الدَّابَّةِ . وإنَّما لم يَجُزْ بَيْعُه مُفْرَدًا[٢٩] ؛ للجَهالَةِ ، والجَهالةُ تَسْقُطُ فيما كان تَبَعًا[٣٠] ، وكذلك لو اشْتَراهَا بغيرِ شَرْطٍ ، صَحَّ بَيْعُها معه ، وكذلك يَصِحُّ بَيْعُ أساساتِ الحِيطانِ والنَّوَى فى التَّمْرِ معه ، وإن لم يَجُزْ بَيْعُهما[٣١] مُفْرَدَيْنِ . وإن شَرَطَ أنَّها تَحْلُبُ كلَّ يومٍ قَدْرًا مَعْلُومًا ، لم يَصِحَّ ؛ لِتَعَذُّرِ الوَفاءِ به ؛ لأنَّ اللَّبَنَ يَخْتَلِفُ ، ولا يُمْكِنُ ضَبْطُه . وإن شَرَطَها غَزِيرَةَ

٢٣١/٤ ظ

---

(٢٦) أى : حسنة السير فى سرعة وتبختر .

(٢٧) فى الأصل : « شرطه » .

(٢٨) أى : شعرها مسترسل لا جعودة فيه .

(٢٩) فى الأصل : « منفردا » .

(٣٠) فى النسخ : « بيعا » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٣١) فى م : « بيعها » .

اللَّبَنِ ، صَحَّ ؛ لأَنَّه يمكنُ الوَفاءُ به . وإن شَرَطَها حامِلًا ، صَحَّ . وقال القاضى : قِياسُ المَذْهَبِ أنَّه لا يَصِحُّ . لأنَّ الحَمْلَ لا حُكْمَ له ؛ ولهذا لا يَصِحُّ اللِّعانُ على الحَمْلِ ، ويَحتَمِلُ أنَّه رِيحٌ . ولَنا ، أنَّه صِفَةٌ مَقْصُودَةٌ يمكنُ الوَفاءُ بها، فصَحَّ شَرْطُه ، كالصِّناعَةِ ، وكونِها لَبُونًا ، وقد بَيَّنَّا فيما قبلُ أنَّ لِلْحَمْلِ حُكْمًا ، ولذلك حَكَمَ النَّبِىُّ ﷺ فى الدِّيَةِ بأَرْبَعِينَ خَلِفَةً فى بُطُونِها أوْلَادُها[٣٢] . ومَنَعَ أخْذَ الحَوامِلِ فى الزَّكاةِ[٣٣] ، ومَنَعَ وَطْءَ الحَبالَى الْمَسْبِيَّاتِ[٣٤] ، وجَعَلَ اللهُ تعالَى عِدَّةَ الحامِلِ وَضْعَ حَمْلِها ، وأَرْخَصَ لها فى[٣٥] الفِطْرِ فى رمضانَ إذا خافَتْ على وَلَدِها ، ومَنَعَ من الاقْتِصاصِ منها ، وإقامَةِ الحَدِّ عليها من أجلِ حَمْلِها . وظاهِرُ الحَدِيثِ المَرْوِىِّ فى اللِّعانِ ، يَدُلُّ على أنَّه لاعَنَها فى حالِ حَمْلِها ، فانْتَفَى عنه ولدُها ، وإن شَرَطَ أنَّها تَضَعُ الوَلَدَ فى وَقْتٍ بعَيْنِه ، لم يَصِحَّ وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّه / لا يمكنُ الوَفاءُ به ، ٢٣٢/٤ و [٣٦]وإن شَرَطَ أنَّها لا تَحْمِلُ ، لم يَصِحَّ الشَّرْطُ ؛ لأنَّه لا يمكنُ الوَفاءُ به[٣٦] . وقال مالِكٌ : لا يَصِحُّ فى المُرْتَفِعاتِ . ويَصِحُّ فى غيرِهِنَّ . ولنا ، أنَّه باعَها بِشَرْطِ البَراءَةِ من الحَمْلِ ، فلم يَصِحَّ كالمُرْتَفعاتِ . وإن شَرَطَها حائِلًا[٣٧] ، فبانَتْ حامِلًا ،

---

(٣٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى دية الخطأ شبه العمد ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢ / ٤٩٢ ، ٥٠١ . والنسائى ، فى : باب كم دية شبه العمد ، وباب ذكر الاختلاف على خالد الحذاء ، من كتاب القسامة . المجتبى ٣٦/٨ – ٣٨ . وابن ماجه ، فى : باب دية شبه العمد مغلظة ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٧٧/٢ ، ٨٧٨ . والدارمى ، فى : باب الدية فى شبه العمد ، من كتاب الديات . سنن الدارمى ١٩٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١١/٢ ، ١٠٣ .

(٣٣) تقدم فى : ٤٥/٤ .

(٣٤) أخرجه الترمذى ، فى : باب فى كراهية أكل المصبورة ، من أبواب الصيد ، وفى : باب ما جاء فى كراهية وطء الحبالى من السبايا ، من أبواب السير . عارضة الأحوذى ٢٦٦/٦ ، ٥٩/٧ . والنسائى ، فى : باب بيع المغانم قبل أن تقسم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٥/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٢٧/٤ .

(٣٥) سقط من : م .

(٣٦ – ٣٦) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٣٧) الحائل : من كل أنثى ، هى التى لم تحمل .

فإن كان ذلك فى الأَمَةِ ، فهو عَيْبٌ يَثْبُتُ الفَسْخُ به ، وإن كان فى غيرها ، فهو زِيادَةٌ لا يَسْتَحِقُّ به فَسْخًا ، ويَحْتَمِلُ أن يَسْتَحِقَّ ؛ لأنَّه قد يُرِيدُها لِسَفَرٍ ، أو لِحَمْلِ شَىءٍ لا يتمَكَّنُ منه مع الحَمْلِ . وإن شَرَطَ البَيْضَ فى الدَّجاجَةِ ، فقد قيل : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لا عَلَم عليه ، يُعْرَفُ به ، و لم يَثْبُتْ له فى الشَّرْعِ حُكْمٌ ، والأَوْلَى أنَّه يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُعْرَفُ بالعادَةِ ، فأشْبَه اشْتِراطَ الشَّاةِ لَبُونًا . وإنِ اشْتَرَطَ الهَزَارَ[38] أو القُمْرِىَّ مُصَوِّتًا ، فقال بعض أصْحَابِنَا : لا يَصِحُّ . وبه قال أبو حنيفةَ ، لأنَّ صِيَاحَ الطَّيْرِ يجوزُ أن يُوجَدَ ، ويجوزُ أن لا يُوجَدَ . والأَوْلَى جَوَازُه ؛ لأنَّ فيه مَقْصِدًا صَحِيحًا ، وهو عادَةٌ له وخِلْقَةٌ فيه[39] ، فأشْبَه الهَمْلَجَةَ فى الدَّابَّةِ ، والصَّيْدَ فى الفَهْدِ . وإن شَرَطَ فى الحَمامِ أنه يَجِىءُ من مَسافَةٍ ذَكَرَها . فقال القاضى : لا يَصِحُّ . وهو قول أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ فيه تَعْذِيبًا لِلْحَيَوانِ ، والقَصْدُ منه غيرُ صَحِيحٍ . وقال أبو الخَطَّابِ : يَصِحُّ ؛ لأنَّ هذه عادَةٌ مُسْتَمِرَّةٌ ، وفيها[40] قَصْدٌ صَحِيحٌ[41] لِتَبْلِيغِ الأَخْبَارِ وحَمْلِ الكُتُبِ ، فجَرَى مَجْرَى الصَّيْدِ فى الفَهْدِ ، والهَمْلَجَةِ فى الدَّابَّةِ ، وإن شَرَطَ فى الجارِيَة أنَّها مُغَنِّيَةٌ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الغِناءَ مَذْمُومٌ فى الشَّرْعِ ، فلم يَصِحَّ اشْتِراطُه ، كالزِّنَى . وإن شَرَطَ فى الكَبْشِ كونَه نَطَّاحًا ، وفى الدِّيكِ كونَه مُقاتِلًا ، لم يَصِحَّ الشَّرْطُ ؛ لأنَّه مَنْهِىٌّ عنه فى الشَّرْعِ ، فجَرَى مَجْرَى الغِناءِ فى الجارِيَةِ . وإن شَرَطَ فى الدِّيكِ أنَّه يُوقِظُه لِلصَّلاةِ ، لم يَصِحَّ ، لأنَّه لا يمكنُه الوَفاءُ به ، وإن شَرَطَ كونَه يَصِيحُ فى أوْقاتٍ مَعْلُومَةٍ ، جَرَى مَجْرَى اشْتِراطِ التَّصْوِيتِ فى القُمْرِىِّ ، على ما ذَكَرْنَا .

فصل : ولا يَفْتَقِرُ الرَّدُّ بالعَيْبِ إلى رِضَى البائِعِ ، ولا حُضُورِه ، ولا حُكْمِ حاكِمٍ ، قبلَ القَبْضِ ولا بَعْدَه . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إن كان قبلَ القَبْضِ ، افْتَقَرَ إلى حُضُورِ صاحِبِه دون رِضاه ، وإن كان بعدَه ، افْتَقَرَ إلى رِضا

---

(٣٨) فارسى معرب ، وهو العندليب .

(٣٩) سقط من الأصل .

(٤٠) فى م : « وفيه » .

(٤١) فى م : « صريح » .

صاحِبه ، أو حُكْمِ حَاكِمٍ ؛ لأنَّ مِلْكَه قد تَمَّ على الثَّمَنِ ، فلا يَزُولُ إلَّا بِرِضاه .

٢٣٢/٤ ظ ولَنا ، أنَّه رَفْعُ عَقْدٍ / مُسْتَحِقٌّ له ، فلم يَفْتَقِرْ إلى رِضا صَاحِبه ، ولا حُضُورِه كالطَّلَاقِ ؛ لأنَّه مُسْتَحِقُّ الرَّدِّ بالعَيْبِ ، فلا يَفْتَقِرُ إلى رِضا صَاحِبه ، كَقَبْلِ القَبْضِ .

٧٤٤ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ بَاعَ المُشْتَرِى بَعْضَهَا ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى عَيْبٍ ، كَانَ مُخَيَّرًا بَيْنَ أَنْ يَرُدَّ مِلْكَهُ مِنْهَا بِمِقْدارِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، أَوْ يَأْخُذَ أَرْشَ العَيْبِ بِقَدْرِ مِلْكِهِ فِيهَا)

الكَلامُ فى هذه المَسْأَلَةِ فى فُصُولٍ ثلاثةٍ :

منها ، أنَّه إذا اشْتَرَى مَعِيبًا فباعه ، سَقَطَ رَدُّه ؛ لأنَّه قد زال مِلْكُه عنه . فإن عادَ إليه ، فأرادَ رَدَّه بالعَيْبِ الأوَّلِ ، نَظَرْنا ، فإن كان باعَه عالِمًا بالعَيْبِ ، أو وُجِدَ منه ما يَدُلُّ على رِضاه به ، فليس له رَدُّه ؛ لأنَّ تَصَرُّفَه رِضًى بالعَيْبِ ، وإن لم يكن عَلِمَ بالعَيْبِ ، فله رَدُّه على بائِعِه . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال[1] أبو حنيفةَ : ليس له رَدُّه ، إلَّا أن يكونَ المُشْتَرِى فَسَخَ بحُكْمِ الحاكِمِ ؛ لأنَّه سَقَطَ حَقُّه من الرَّدِّ بِبَيْعِه ، فأشْبَه ما لو عَلِمَ بعَيْبِه . ولَنا ، أنَّه أمْكَنَه اسْتِدْراكُ ظُلامَتِه بِرَدِّه ، فمَلَكَ ذلك ، كما لو فسخَ الثانى بحُكْمِ حاكِمٍ ، أو كما لو لم يَزُلْ مِلْكُه عنه ، ولا نُسَلِّمُ سُقُوطَ حَقِّه ، وإنَّما امْتَنَعَ لِعَجْزِه عن رَدِّه ، فإذا عادَ إليه زال المانِعُ ، فظَهَرَ جوازُ الرَّدِّ ، كما لو امْتَنَعَ الرَّدُّ لِغَيْبَةِ البائِعِ ، أو لِمَعْنًى سواه . وسواءٌ رَجَعَ إلى المُشْتَرِى الأولِ بالعَيْبِ الأوَّلِ ، أو بإقالَةٍ ، أو هِبَةٍ ، أو شِراءٍ ثانٍ ، أو ميراثٍ ، فى ظاهِرِ كَلامِ القاضى . وقال أصْحابُ الشَّافِعِىِّ : إن رَجَعَ بغيرِ الفَسْخِ بالعَيْبِ الأولِ ، ففيه وجهانِ ، أحدُهما ، ليس له رَدُّه ؛ لأنَّه اسْتَدْرَكَ ظُلَامَتَه بِبَيْعِه ، ولم يَزُلْ بِفَسْخِه . ولَنا ، أنَّ سَبَبَ اسْتِحْقاقِ الرَّدِّ قَائِمٌ ، وإنَّما امْتَنَعَ لِتَعَذُّرِه بِزَوالِ مِلْكِه ، فإذا زال المانِعُ وَجَبَ أن يجوزَ الرَّدُّ عليه بِالعَيْبِ . فعلَى هذا إذا باعَها المُشْتَرِى لِبائِعِها الأولِ ، فوَجَدَ بها عَيْبًا كان مَوْجُودًا حالَ العَقْدِ الأولِ ، فله الرَّدُّ على البائِعِ الثانى ، ثم للثانى رَدُّه . وفائِدَةُ الرَّدِّ هَـٰهُنا ، اخْتِلافُ الثَّمَنَيْنِ ، فإنَّه قد يكون الثمنُ الثانى أكْثَرَ .

---

(١) فى م : « وقاله » .

الفصل الثانى، أنَّه إذا باعَ المَعِيبَ، ثم أرادَ أخْذَ أرْشِه. فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ، أنَّه لا أرْشَ له سواءٌ باعَهُ عالِما بِعَيْبِه، أو غيرَ عالِمٍ. / وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ، والشَّافِعِىِّ؛ لأنَّ امْتِناعَ الرَّدِّ كان بِفِعْلِه، فأشْبَه ما لو أتْلَفَ المَبِيعَ، ولأنَّه قد[2] اسْتَدْرَكَ ظُلامَتَه بِبَيْعِه، فلم يكنْ له أرْشٌ، كما لو زال العَيْبُ. وقال القاضى: إن باعَه مع عِلْمِه بالعَيْبِ، فلا أرْشَ له؛ لِرِضاهُ به مَعِيبًا، وإن باعَه غيرَ عالِمٍ بالعَيْبِ، فله الأرْشُ. نَصَّ عليه أحْمَدُ؛ لأنَّ البائِعَ لم يُوَفِّه ما أوْجَبَه له العَقْدُ، ولم يُوجَدْ منه الرِّضا به نَاقِصًا، فكان له الرُّجُوعُ عليه، كما لو أعْتَقَهُ. وقِياسُ المَذْهَبِ، أنَّ له الأرْشَ بكلِّ حالٍ، سواءٌ باعَهُ عالِما بِعَيْبِه أو جاهِلًا به؛ لأنَّنا خَيَّرْناهُ ابْتِداءً بين رَدِّه، وإمْساكِه وأخْذِ الأرْشِ، فبَيْعُه والتَّصَرُّفُ فيه بِمَنْزِلَةِ إمْساكِه، ولأنَّ الأرْشَ عِوَضُ الجُزْءِ الفائِتِ من المَبِيعِ، فلم يَسْقُطْ بِبَيْعِه، ولا رِضاهُ، كما لو باعَهُ عشرةَ أقْفِزَةٍ، وسَلَّمَ إليه تِسْعَةً، فباعَها المُشْتَرِى. وقولهم: إنَّه اسْتَدْرَكَ ظُلامَتَهُ. لا يَصِحُّ، فإنَّ ظُلامَتَهُ من البائِعِ، ولم يَسْتَدْرِكْها منه، وإنَّما ظَلَمَ المشْتَرِى، فلم يَسقطْ حَقُّه بذلك من الظَّالِمِ له، وهذا هو الصَّحِيحُ من قولِ مالِكٍ، وذكر أبو الخَطَّابِ عن أحْمَدَ، فى رُجُوعِ بائِعِ المَعِيبِ بالأرْشِ[3]، رِوَايَتَيْنِ، من غير تَفْرِيقٍ بين عِلْمِ البائِعِ بالعَيْبِ وجَهْلِه به. وعلى قولِ من قال لا يَسْتَحِقُّ الأرْشَ، فإذا عَلِمَ به المُشْتَرِى الثانى فرَدَّه به، أو أخَذَ أرْشَه منه، فَلِلأوَّلِ أخْذُ أرْشِه. وهو قولُ الشَّافِعِىِّ إذا امْتَنَعَ على المُشْتَرِى الثانى رَدُّه بِعَيْبٍ حَدَثَ عنده؛ لأنَّه لم يَسْتَدْرِكْ ظُلَامَتَهُ، وكُلُّ واحِدٍ من المُشْتَرِيَيْنِ يَرْجِعُ بِحِصَّةِ العَيبِ من الثَّمَنِ الذى اشْتَراهُ به، على ما ذَكَرْناهُ فيما تَقَدَّمَ.

٢٣٣/٤ و

(٢) سقط من: الأصل.

(٣) فى م: «الأرش».

الفصل الثالث ، إذا باعَ المُشْتَرِى بعضَ المَعِيبِ ، ثم ظَهَرَ على عَيْبٍ ، فله الأَرْشُ ، لما بَقِىَ فى يَدِه من المَبِيعِ ، وفى الأَرْشِ لما باعَهُ ما ذَكَرْنَا من الخِلافِ فيما إذا باعَ الجَمِيعَ ، وإن أرادَ رَدَّ الباقِى بحِصَّتِه من الثَّمَنِ ، فالذى ذَكَرَهُ الخِرَقِىُّ هٰهُنا أنَّ له ذلك . وقد نَصَّ عليه أحمدُ ، والصَّحِيحُ أنَّه إن كان المَبِيعُ عَيْنًا واحِدَةً ، أو عَيْنَيْنِ يَنْقُصُهما التَّفْرِيقُ ، كمِصْرَاعَىْ[٤] بابٍ ، وزَوْجَىْ خُفٍّ ، أنَّه لا يَمْلِكُ الرَّدَّ ؛ لما فيه من الضَّرَرِ على البائِعِ بنَقْصِ القِيمَةِ ، أو ضَرَرِ الشَّرِكَةِ ، وامْتِناعِ الانْتِفاعِ بها على الكَمالِ ، كإباحَةِ الوَطْءِ والاسْتِخْدامِ . وبها قال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِىُّ ، / والشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، وقد ذَكَرَ أصْحابُنا فى غير ٢٣٣/٤ ظ هذا المَوْضِعِ ، فيما إذا كان المَبِيعُ عَيْنَيْنِ يَنْقُصُهُما التَّفْرِيقُ ، أنَّه لا يجوزُ رَدُّ إحْداهما دونَ الأُخْرَى ؛ لما فيه من الضَّرَرِ ؛ وفيما لو اشْتَرَى مَعِيبًا فتعَيَّبَ عنده ، أنَّه لا يَمْلِكُ رَدَّه ، إلَّا أن يَرُدَّ أَرْشَ العَيْبِ الحادِثِ عنده ، فلا يجوزُ أن يَرُدَّه فى مَسْأَلَتِنا مَعِيبًا بِعَيْبِ الشَّرِكَةِ ، أو نَقْصِ القِيمَةِ ، بغير شَىْءٍ ، إلَّا أن يكونَ الخِرَقِىُّ أرادَ ما إذا دَلَّسَ البائِعُ[٥] العَيْبَ ، فإنَّ ذلك عنده لا يُسْقِطُ عن المُشْتَرِى ضَمانَ ما حَدَثَ عنده من العَيْبِ ، على ما ذَكَرْنا فيما مَضَى . وإن كان المَبِيعُ عَيْنَيْنِ لا يَنْقُصُهُما التَّفْرِيقُ ، فباعَ إحْداهما[٦] ، ثم وَجَدَ بالأُخْرَى عَيْبًا ، أو عَلِمَ أنَّهما كانَتا مَعِيبَتَيْنِ ، فهل له رَدُّ الباقِيَةِ فى مِلْكِه ؟ يُخَرَّجُ على الرِّوايَتَيْنِ فى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . [٧]وقال القاضى : المَسْأَلَةُ مَبْنِيَّةٌ على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ[٧] سواءٌ كان المَبِيعُ عَيْنًا واحدةً أو عَيْنَيْنِ . والتَّفْصِيلُ الذى ذَكَرْنا أَوْلَى .

فصل : وإن اشْتَرَى عَيْنَيْنِ ، فوَجَدَ بإحداهما عَيْبًا ، وكانا ممَّا لا يَنْقُصُهما

---

(٤) فى م : « كمشراعى » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) فى الأصل : « أحدهما » .

(٧ – ٧) سقط من : الأصل .

التَّفْرِيقُ ، أو مِمَّا لا يجوزُ التَّفْرِيقُ بينهما ، كالوَلَدِ مع أُمِّه ، فليس له إلَّا رَدُّهما جَمِيعًا ، أو إمْساكُهما وأخْذُ الأرْشِ ، وإن لم يكُونا كذلك ، ففيهما رِوَايَتانِ ، إحْداهما ، ليس له إلَّا رَدُّهما ، أو أخْذُ الأرْشِ مع إمْساكِهما . وهو ظاهِرُ قولِ الشَّافِعِيِّ وقولِ أبى حنيفةَ فيما قَبْلَ القَبْضِ ؛ لأنَّ الرَّدَّ تَبْعِيضُ[8] الصَّفْقَةِ من المُشْتَرِى ، فلم يكُنْ له ذلك ، كما لو كانا ممَّا يَنْقُصُه التَّفْرِيقُ . والثانية ، له رَدُّ المَعِيبِ ، وإمْساكُ الصَّحِيحِ . وهذا قولُ الحارِثِ العُكْلِيِّ ، والأوْزاعِيِّ ، وإسْحَاقَ . وهو قولُ أبى حنيفةَ فيما بعدَ القَبْضِ ؛ لأنَّه رَدَّ المَعِيبَ على وَجْهٍ لا ضَرَرَ فيه على البائِعِ ، فجازَ كما لو رَدَّ الجَمِيعَ . وفارَقَ ما يَنْقُصُ بالتَّفْرِيقِ ، فإنَّ فيه ضَرَرًا . وإن تَلِفَ أحَدُ المَبِيعَيْنِ ، أو تَعَيَّبَ ، أو وَجَدَ بالآخَرِ أو بهما عَيْبًا ، فأرادَ رَدَّه ، فالحُكْمُ فيه على ما ذَكَرْنا من التَّفْصِيلِ والخِلافِ . وإنِ اخْتَلَفا فى قِيمَةِ التَّالِفِ ، فالقولُ قولُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ لما يَدَّعِيه البائِعُ من زِيادَةِ قِيمَتِه ؛ لأنَّه بِمَنْزِلَةِ الغارِمِ ، لأنَّ قِيمَةَ التَّالِفِ إذا زادَتْ ، زَادَ قَدْرُ ما يَغْرَمُهُ ، فهو بِمَنْزِلَةِ المُسْتَعِيرِ والغاصِبِ . فأمَّا إن كان المَبِيعانِ بَاقِيَيْنِ مَعِيبَيْنِ ، لم يُوجَدْ فى أحدِهما ما يَمْنَعُ رَدَّهُ ، فأرادَ رَدَّ أحَدِهما / دونَ الآخَرِ . فقال القاضى : ليس له ذلك . ولم يَذْكُرْ فيه سوى المَنْعِ من رَدِّ أحدِهما . والقِياسُ ، أنَّها كالتى قبلَها ، إذ لو كان إمْساكُ أحَدِهما مانِعًا من الرَّدِّ فيما إذا كانا مَعِيبَيْنِ ، لمَنَعَ منه إذا كان صَحِيحًا . ٢٣٤/٤ و

فصل : إذا اشْتَرَى اثْنانِ شَيْئًا فوَجَدَاهُ مَعِيبًا ، أو اشْتَرَطا الخِيارَ فرَضِىَ أحَدُهما . ففيه رِوايَتانِ عن أحمدَ ، حَكاهُما أبو بكرٍ ، وابنُ أبى موسى . إحْداهُما ، لمن لم يَرْضَ الفَسْخُ . وبه قال ابنُ أبى ليلى ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ ، وهو إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن مالِكٍ . والأُخرَى ، لا يجوزُ له رَدُّهُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، وأبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّ المَبِيعَ خَرَجَ عن مِلْكِه دُفْعَةً واحِدَةً غيرَ مُتَشَقِّصٍ[9] ، فإذا رَدَّه مُشْتَرِكًا ، رَدَّه ناقِصًا ، أشْبَه ما لو تَعَيَّبَ عندَه . ووجهُ الأُولَى ، أنَّه رَدَّ جَمِيعَ ما مَلَكَهُ بالعَقْدِ ،

---

(٨) فى م : « بعض » .

(٩) أى غير مجزأ .

فجازَ ، كما لو انْفَرَدَ بِشرائِه ، والشَّرِكَةُ إنما حَصَلَتْ بإيجابِ البائِعِ ؛ لأنَّه باعَ كلَّ واحِدٍ منهما نِصْفَها ، فخَرَجَتْ عن مِلْكِ البائِعِ مُتَشَقِّصَةً[10] ، بخِلَافِ العَيْبِ الحادِثِ .

فصل : وإذا وَرِثَ اثْنانِ عن أبِيهِما[11] خِيارَ عَيْبٍ ، فرَضِيَ أحَدُهما ، سَقَطَ حَقُّ الآخَرِ من الرَّدِّ ؛ لأنَّه لو رَدَّ وَحْدَهُ ، تَشَقَّصَتِ السِّلْعَةُ على البائِعِ ، فيَتَضَرَّرُ[12] بذلك ، وإنَّما أخْرَجَها عن مِلْكِه إلى واحِدٍ غيرَ مُشَقَّصَةٍ ، فلا يجوزُ رَدُّ بعضِها إليه مُشَقَّصًا ، بخِلافِ المَسْأَلَةِ التى قبلَها ، فإنَّ عَقْدَ الواحِدِ مع الاثْنَيْنِ عَقْدانِ ، فكأنه باعَ كلَّ واحِدٍ منهما نِصْفَها مُنْفَرِدًا ، فرَدَّ عليه أحَدُهما جَمِيعَ ما باعَهُ إيَّاه ، وههُنا بخِلافِه .

فصل : ولو اشْتَرَى رَجُلٌ من رَجُلَيْنِ شَيْئًا ، فوَجَدَه مَعِيبًا ، فله رَدُّه عليهما . فإن كان أحَدُهما غائِبًا ، رَدَّ على الحاضِرِ حِصَّتَه بِقِسْطِها من الثَّمنِ ، ويَبْقَى نَصِيبُ الغائِبِ[13] فى يَدِه حتى يَقْدَمَ . ولو كان أحَدُهما باعَ العَيْنَ كلَّها بِوَكالَةِ الآخَرِ ، فالحُكْمُ كذلك ، سواءٌ كان الحاضِرُ الوَكِيلَ أو المُوَكِّلَ . نَصَّ أحمدُ على قَرِيبٍ من هذا . فإن أرادَ رَدَّ نَصِيبِ أحدِهما ، وإمْساكَ نَصِيبِ الآخَرِ ، جازَ ؛ لأنَّه يَرُدُّ على البائِعِ جَمِيعَ ما بَاعَه ، ولا يَحْصُلُ بِرَدِّه تَشْقِيصٌ ؛ لأنَّ المَبِيعَ كان مُشَقَّصًا قبلَ البَيْعِ .

٤/٢٣٤ ظ **فصل** : فإن اشْتَرَى حَلْىَ فِضَّةٍ بِوَزْنِه دراهِمَ ، فوَجَدَهُ مَعِيبًا / ، فله رَدُّه ، وليس له أخْذُ الأَرْشِ ؛ لإفْضائِه إلى التَّفاضُلِ فيما يَجِبُ التَّماثُلُ فيه . فإن حَدَثَ به عَيْبٌ عندَ المُشْتَرِى ، فعلى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ؛ يَرُدُّه ، ويَرُدُّ أرْشَ العَيْبِ الحادِثِ عندَه ، ويَأْخُذُ

---

(١٠) فى م : « مشقصة » .
(١١) فى الأصل : « أمهما » .
(١٢) فى م : « فتضرر » .
(١٣) فى الأصل : « الغاصب » .

ثَمَنَه ، وقال القَاضِي : لا يجوزُ له رَدُّه ؛ لإفضائِه إلى التَّفاضُلِ ، فلا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الرَّدَّ فَسْخٌ لِلْعَقْدِ ، ورَفْعٌ له ، فلا تَبْقَى المُعاوَضَةُ ، وإنما يَدْفَعُ الأَرْشَ عِوَضًا عن العَيْبِ الحادِثِ عنده ، بِمَنْزِلَةِ ما لو جنَى عليه فى مِلْكِ صاحِبِه من غيرِ بَيْعٍ ، وكما لو فَسَخَ الحاكِمُ عليه . وعلى الرِّوايَةِ الأُخْرَى ، يَفْسَخُ الحاكِمُ البَيْعَ ، ويَرُدُّ البائِعُ[١٤] الثَّمَنَ ، ويُطَالِبُ بقِيمَةِ الحَلْىِ ؛ لأنَّه لم يُمْكِنْ إهْمالُ العَيْبِ ، ولا أَخْذُ الأَرْشِ . ولأصْحابِ الشَّافِعِىِّ وَجْهانِ ، كهاتَيْنِ الرِّوايَتَيْنِ . وإن تَلِفَ الحَلْىُ ، فإنَّه يَفْسَخُ العَقْدَ ويَرُدُّ قِيمَتَه ، ويَسْتَرْجِعُ الثَّمَنَ ؛ فإنَّ تَلَفَ المَبِيعِ لا يَمْنَعُ جَوازَ الفَسْخِ . وعندى ، أنَّ الحاكِمَ إذا فَسَخَ ، وَجَبَ رَدُّ الحَلْىِ وأَرْشِ نَقْصِه ، كما قُلْنا فيما إذا فَسَخَ المُشْتَرِى على الرِّوايَةِ الأُخْرَى ، وإنَّما يرجعُ إلى قِيمَتِه عند تَعَذُّرِ رَدِّه بِتَلَفٍ أو عَجْزٍ ، وليس فى رَدِّه وَرَدِّ أَرْشِه تَفاضُلٌ ؛ لأنَّ المعاوَضَةَ قد[١٥] زَالَتْ بالفَسْخِ ، فلم يَبْقَ له مُقابِلٌ ، وإنَّما هذا الأَرْشُ بمَنْزِلَةِ أَرْشِ الجِنايَةِ عليه ؛ ولأنَّ[١٦] قِيمَتَه إذا زَادَتْ على وَزْنِه أو نَقَصَتْ عنه ، أَفْضَى إلى التَّفاضُلِ ؛ لأنَّ قِيمَتَه عِوَضٌ عنه ، فلا يجوزُ ذلك ، إلَّا أن يَأْخُذَ قِيمَتَه من غيرِ جِنْسِه ، ولو بَاعَ قَفِيزًا مِمَّا فيه الرِّبا بمثلِه ، فوَجَدَ أحدُهما بما أخَذَه عَيْبًا يَنْقُصُ قِيمَتَه دون كَيْلِه ، لم يَمْلِكْ أخْذَ أَرْشِه ، لِئَلَّا يُفْضِىَ إلى التَّفاضُلِ . والحُكْمُ فيه على ما ذَكَرْناهُ[١٧] فى الحَلْىِ بالدَّراهِمِ .

٧٤٥ ـ مسألة ؛ قال : (وَإنْ ظَهَرَ عَلَى عيْبٍ بَعْدَ إعْتَاقِهِ لَهَا أو مَوْتِهَا فِى مِلْكِهِ ، فَلَهُ الأَرْشُ)

وجُمْلَتُه ، أنه إذا زالَ مِلْكُ المُشْتَرِى عن المَبِيعِ بِعِتْقٍ ، أو وَقْفٍ ، أو مَوْتٍ ، أو قَتْلٍ ، أو تَعَذَّرَ الرَّدُّ ، لِاسْتِيلادٍ ونحوِه قبلَ عِلْمِه بالعَيْبِ ، فله الأَرْشُ . وبهذا قال

---

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) سقط من : « م » .

(١٦) فى م : « لأن » .

(١٧) فى م : « ذكرنا » .

أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، إِلَّا أَنَّ أبا حنيفةَ قال فى المَقْتُولِ خاصَّةً : لا أَرْشَ له ؛ لأنَّه زالَ مِلْكُه بِفِعْلٍ مَضْمُونٍ ، أشْبَه البَيْعَ . ولَنا ، أنَّه عَيْبٌ لم يَرْضَ به ، و لم يَسْتَدْرِكْ ظُلَامَتَه فيه ، فكان له الأرْشُ كما لو أعْتَقَه ، والبَيْعُ لَنا فيه مَنْعٌ ، ومع تَسْلِيمِه / فإنَّه اسْتَدْرَكَ ظُلَامَتَهُ فيه . وأمَّا الهِبَةُ ، فعن أحمدَ فيها رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، أنَّها كالبَيْعِ ؛ لأنَّه لم يَيْأَسْ من إمْكانِ الرَّدِّ ؛ لِاحْتِمالِ رُجُوعِ المَوْهُوبِ إليه . والثانية ، له الأرْشُ ، وهى أوْلَى . و لم يَذْكُرِ القاضى غيرَها ؛ لأنَّه ما اسْتَدْرَكَ ظُلَامَتَه ، فأشْبَه ما لو وَقَفَه ، وإمكانُ الرَّدِّ ليس بمانِعٍ من أخْذِ الأرْشِ عندنا ؛ بِدَلِيلِ ما قبلَ الهِبَةِ . وإن أكَلَ الطَّعَامَ أو لَبِسَ الثَّوْبَ ، فأتْلَفَه ، رَجَعَ بأرْشِه . وبهذا قال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَرْجِعُ بشىءٍ ؛ لأنَّه أهْلَكَ العَيْنَ ، فأشْبَهَ ما لو قَتَلَ العَبْدَ . ولَنا ، أنَّه ما اسْتَدْرَكَ ظُلَامَتَه ، ولا رَضِىَ بالعَيْبِ ، فلم يَسْقُطْ حَقُّه من الأرْشِ ، كما لو تَلِفَ بِفِعْلِ الله تعالى .

٢٣٥/٤ و

فصل : وإن فعَلَ شَيْئًا مِمَّا ذَكَرْنَاهُ بعدَ عِلْمِه بالعَيْبِ ، فمَفْهُومُ كَلامِ الخِرَقِىِّ : أنَّه لا أرْشَ له . وهو مذهبُ أبى حنيفة ، والشَّافِعِىِّ . وهو قِياسُ قولِ القاضى ؛ لقولِه فى مَن باعَ المَعيبَ عالِمًا بعَيْبِه : ليس له أرْشٌ ؛ لأنَّه رَضِىَ به مَعيبًا بِتَصَرُّفِه فيه مع عِلْمِه بِعَيْبِه . وقِياسُ المذهبِ ، أنَّ له الأرْشَ ؛ لأنَّ له إمْساكَ المَبيعِ ، والمُطالَبَةَ بأرْشِه ، وهذا يُنَزَّلُ[1] مَنْزِلَةَ إمْساكِه مع العِلْمِ بِعَيْبِه . ولأنَّ البائِعَ لم يُوفِه ما أوْجَبَه العَقْدُ ، فكان له الرُّجوعُ بأرْشِه ، كما لو أعْتَقَه قبلَ عِلْمِه بِعَيْبِه . ولأنَّ الأرْشَ عِوَضُ الجُزْءِ الفائِتِ بِالعَيْبِ ، فلم يَسْقُطْ بِتَصَرُّفِهِ فيما سِواه ؛ كما لو باعَهُ عَشَرَةَ أقْفِزَةٍ ، فأقْبَضَهُ تِسْعَةً ، فتَصَرَّفَ فيها .

فصل : فإنِ اسْتَغَلَّ المَبيعَ ، أو عَرَضَهُ على البَيْعِ ، أو تَصَرَّفَ فيه تَصَرُّفًا دالًّا على الرِّضا به ، قبلَ عِلْمِه بالعَيْبِ ، لم يَسْقُطْ خِيارُه ؛ لأنَّ ذلك لا يَدُلُّ على الرِّضا

---

(١) فى م : « يتنزل » .

به مَعِيبًا . وإن فَعَلَهُ بعد عِلْمِهِ بِعَيْبِهِ ، بَطَلَ خِيارُه فى قول عامَّةِ أَهْلِ العِلْمِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : كان[2] الحَسَنُ ، وشُرَيْحٌ ، وعبدُ اللهِ بنُ الحَسَنِ[3] ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىُّ ، وإسْحاقُ[4] ، وأصحابُ الرَّأْى ، يقولونَ : إذا اشْتَرَى سِلْعَةً ، فعَرَضَها على البَيْعِ ، لَزِمَتْه . وهذا قولُ الشَّافِعِىِّ . ولا أعْلَمُ فيه مُخالِفًا[5] . فأمَّا الأَرْشُ ، فقال ابنُ أبى موسى : لا يَسْتَحِقُّه أيضًا . وقد ذَكَرْنا أنَّ قِياسَ المذهبِ اسْتِحْقاقُ الأَرْشِ . قال أحمدُ : أنا أقول : إذا اسْتَخْدَمَ العَبْدَ ، وأرادَ نُقْصانَ العَيْبِ ، فله ذلك ، فأمَّا إن / احْتَلَبَ اللَّبَنَ الحادِثَ بعد العَقْدِ ، لم يَسْقُطْ رَدُّه ؛ لأنَّ اللَّبَنَ له ، فملَكَ اسْتِيفاءَه من المَبيعِ الذى يُرِيدُ رَدَّه . وكذلك إن رَكِبَ الدَّابَّةَ لِيَنْظُرَ سَيْرَها ، أو لِيَسْقِيَها ، أو لِيَرُدَّها على بائِعِها . وإن اسْتَخْدَمَ الأَمَةَ لِيَخْتَبِرَها ، أو لَبِسَ القَمِيصَ لِيَعْرِفَ قَدْرَه ، لم يَسْقُطْ خِيارُه ؛ لأنَّ ذلك ليس بِرِضًا بالمَبِيعِ ، ولهذا لا يَسْقُطُ به خِيارُ الشَّرْطِ . وإن اسْتَخْدَمَها لغيرِ ذلك اسْتِخْدامًا كثِيرًا ، بَطَلَ رَدُّه ، [6]وإنْ كان يَسِيرًا[6] لا يَخْتَصُّ المِلْكَ ، لم يَبْطُلِ الخِيارُ . قيلَ لأحمدَ : إنَّ هؤلاءِ يقولونَ : إذا اشْتَرَى عَبْدًا ، فوَجَدَهُ مَعِيبًا ، فاسْتَخْدَمَه بأن يقولَ : نَاوِلْنِى هذا الثَّوْبَ . يَعْنِى بَطَلَ خِيارُه . فأنْكَرَ ذلك ، وقال : مَنْ قال هذا ؟ أو مِن أينَ أخذوا هذا ؟ ليس هذا بِرِضًى حتى يكونَ شىءٌ يَبِينُ . وقد نُقِلَ عنه فى بُطْلانِ [7]خيارِ الشَّرْطِ[7] بالاسْتِخْدام رِوايَتانِ . وكذلك يُخَرَّجُ ههُنا .

٤/٢٣٥ ظ

فصل : وإن أَبَقَ العَبْدُ ، ثم عَلِمَ عَيْبَه ، فله أخْذُ أَرْشِه . فإن أخَذَهُ ثم قَدَرَ على

---

(٢) فى م : « وكان » .

(٣) عبد الله بن حسن بن حسن بن على بن أبى طالب الهاشمى المدنى ، أمه فاطمة بنت الحسين بن على ، وكان ثقة . تهذيب التهذيب ٥/١٨٦ ، ١٨٧ .

(٤) سقط من : « م » .

(٥) فى م : « خلافا » .

(٦ - ٦) فى م : « فإن كانت يسيرة » .

(٧ - ٧) فى م : « الخيار » .

العَبْدِ ، فإن لم يكنْ مَعْرُوفَ الإباقِ قبلَ البَيْعِ ، فقد تَعَيَّبَ عندَ المُشْتَرِى ، فهل يَمْلِكُ رَدَّهُ ورَدَّ أَرْشِ العَيْبِ الحادِثِ عندَه والأَرْش الذى أخَذَه ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وإن كان آبِقًا ، فله رَدُّه ورَدُّ ما أخَذَهُ من الأَرْشِ وأَخْذُ ثَمَنِه . وقال الثَّوْرِيُّ والشَّافِعِيُّ : ليس لِلْمُشْتَرِى أَخْذُ أَرْشِه ، سواء قَدَرَ على رَدِّه أو عَجَزَ عنه ، إلَّا أن يَهْلِكَ ؛ لأنَّه لم يَيْأَسْ من رَدِّه ، فهو كما لو بَاعَهُ . ولَنا ، أنَّه مَعِيبٌ لم يَرْضَ به ، ولم يَسْتَدْرِكْ ظُلَامَتَه فيه ، فكان له أَرْشُه ، كما لو أعْتَقَه ، وفى البَيْعِ اسْتَدْرَكَ ظُلَامَتَه ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وإذا اشْتَرَى عَبْدًا فأَعْتَقَه ، ثم عَلِمَ به عَيْبًا فأخَذَ أَرْشَه ، فهو له . وعن أحْمَدَ رِوَايَةٌ أخرى ، أنَّه يَجْعَلُه فى الرِّقَابِ . وهو قول الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه من جُمْلَةِ الرَّقَبَةِ التى جَعَلَها اللهُ ، فلا يَرْجِعُ إليه شىءٌ من بَدَلِها . ولَنا ، أنَّ العِتْقَ إنَّما صَادَفَ الرَّقَبَةَ المَعِيبَةَ ، والجُزْءُ الذى أخَذَ بَدَلَهُ ما تَنَاوَلَهُ عِتْقٌ ، ولا كان مَوْجُودًا ، ولأنَّ الأَرْشَ ليس بَدَلًا عن العَبْدِ ، إنَّما هو جُزْءٌ من الثَّمَنِ ، جُعِلَ مُقَابِلًا لِلْجُزْءِ الفَائِتِ ، فلمَّا لم يُحَصِّلْ ذلك الجُزْءَ من المَبِيعِ ، رَجَعَ بِقَدْرِه من الثَّمَنِ ، فكأنَّه لم يَصِحَّ العَقْدُ فيه ، ولهذا رَجَعَ بِقَدْرِه من الثمنِ ، لا من قِيمَةِ العَبْدِ . وكلامُ أحمدَ ، فى الرِّوَايَةِ الأُخْرَى ، يُحْمَلُ على اسْتِحْبابِ/ذلك ، لا على وُجُوبِه . قال القاضِى : إنَّما الرِّوَايَتَانِ فيما إذا أعْتَقَه عن كفَّارَتِه ؛ لأنَّه إذا أعْتَقَها[8] عن الكَفَّارَةِ ، لا يجوزُ أن يَرْجِعَ إليه بشىءٍ من بَدَلِها ، كالمُكاتَبِ إذا أدَّى من كِتابَتِه شَيْئًا . ولَنا ، أنَّه أَرْشُ عَبْدٍ أعْتَقَه ، فكان له ، كما لو تَبَرَّعَ بِعِتْقِه .

٢٣٦/٤ و

٧٤٦ ـ مسألة ؛ قال : (**فَإِنْ ظَهَرَ عَلَى عَيْبٍ يُمْكِنُ حُدُوثُه قَبْلَ الشِّرَاءِ ، أَوْ بَعْدَه ، حَلَفَ المُشْتَرِى ، وَكَانَ لَهُ الرَّدُّ أَوِ الْأَرْشُ**)

وجملةُ ذلك ، أنَّ المُتَبايِعَيْنِ إذا اخْتَلَفا فى العَيْبِ ، هل كان فى المَبِيعِ قبلَ العَقْدِ ،

---

(٨) أى الرقبة . وفى م : « أعتقه » .

أو حَدَثَ عند المُشْتَرِى ؟ لم يَخْلُ من قِسْمَيْنِ ؛ أحَدِهما ، أن لا يَحْتَمِلَ إلَّا قولَ أحَدِهما ، كالإِصْبَعِ الزَّائِدَةِ ، والشَّجَّةِ المُنْدَمِلَةِ ، التى لا يُمكنُ حُدُوثُ مِثْلِها ، والجُرْحِ الطَّرِىِّ الذى لا يَحْتَمِلُ كونَه قَدِيمًا . (١)فالقَوْلُ قولُ من يَدَّعِى ذلك ، بغير يَمِينٍ ؛ لأنَّنا نَعْلَمُ صِدْقَه ، وكَذِبَ خَصْمِه ، فلا حاجَةَ إلى اسْتِحْلافِه(١) . والثانى ، أن يَحْتَمِلَ قولَ كلِّ واحدٍ منهما ، كالخَرْقِ فى الثَّوْبِ والرَّفْوِ ، ونحوهما ، ففيه رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، القولُ قولُ المُشْتَرِى ، فيَحْلِفُ باللهِ أنَّه اشْتَراهُ وبه هذا العَيْبُ ، أو أنَّه ما حَدَثَ عنده ويكون له الخِيارُ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ القَبْضِ فى الجُزْءِ الفائِتِ ، واسْتِحْقاقُ ما يُقابِلُه من الثَّمَنِ ، ولُزُومُ العَقْدِ فى حَقِّه ، فكان القولُ قولَ مَن يَنْفِى ذلك ، كما لو اخْتَلَفا فى قَبْضِ المَبِيعِ . والثانيةُ ، القولُ قولُ البائِعِ مع يَمِينِه فيَحْلِفُ على حَسَبِ جَوابِه ، إن أجابَ أنَّنِى بِعْتُه بَرِيئًا من العَيْبِ ، حَلَفَ على ذلك ، وإن أجابَ بأنَّه لا يَسْتَحِقُّ ، على ما يَدَّعِيهِ من الرَّدِّ ، حَلَفَ على ذلك ، ويَمِينُه على البَتِّ لا على نَفْيِ(٢) العِلْمِ ؛ لأنَّ الأيْمانَ كلَّها على البَتِّ ، لا على نَفْيِ فِعْلِ الغيرِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ ؛ لأنَّ الأصْلَ سَلامَةُ المَبِيعِ ، وصِحَّةُ العَقْدِ ، ولأنَّ المُشْتَرِىَ يَدَّعِى عليه اسْتِحْقاقَ فَسْخِ البَيْعِ ، وهو يُنْكِرُه ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ .

فصل : وإذا باعَ الوَكِيلُ ، ثم ظَهَرَ المُشْتَرِى على عَيْبٍ كان به ، فَلَه رَدُّه على المُوَكِّلِ ؛ لأنَّ المَبِيعَ يُرَدُّ بالعَيْبِ ، على مَن كان له ، فإن كان العَيْبُ ممَّا يُمْكِنُ حُدُوثُه ، فأقَرَّ به الوَكِيلُ ، وأنْكَرَه المُوَكِّلُ ، فقال أبو الخَطَّابِ : يُقْبَلُ إقْرارُه على مُوَكِّلِه بالعَيْبِ ؛ لأنَّه أمْرٌ يَسْتَحِقُّ به الرَّدَ ، فيُقْبَلُ إقْرارُ الوَكِيلِ به على مُوَكِّلِه ، كَخِيارِ الشَّرْطِ . وقال أصْحابُ أبى حنيفةَ والشَّافِعِىُّ : / لا يُقْبَلُ إقْرارُ الوَكِيلِ بذلك . وهو أصَحُّ ؛ لأنَّه إقْرارٌ على الغَيْرِ ، فلم يُقْبَلْ ، كالأجْنَبِىِّ ، فإذا رَدَّه المُشْتَرِى على الوَكِيلِ ، لم يَمْلِكِ الوَكِيلُ رَدَّه على المُوَكِّلِ ؛ لأنَّه رَدَّه بإقراره ، وهو غيرُ مَقْبُولٍ على غيرِه . ذَكَرَه القَاضِى . فإن أنْكَرَه الوَكِيلُ فَتوجَّهَتِ اليَمِينُ عليه ، فَنَكَلَ عنها ،

٢٣٦/٤ ظ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل .

فَرَدَّ عليه بِنُكُولِه ، فهل له رَدُّه على المُوَكِّلِ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحَدِهما ، ليس له رَدُّه ؛ لأنَّ ذلك يَجْرِى مَجْرَى إقْرارِهِ . والثانى ، له رَدُّه ؛ لأنَّه يَرْجِعُ إليه بغير اخْتِيارِه ، أشْبَهَ ما لو قامَتْ به بيِّنَةٌ .

فصل : ولو اشْتَرَى جارِيَةً على أنَّها بِكْرٌ ، ثم قال المُشْتَرِى : إنَّما هى ثَيِّبٌ . أُرِيَتِ النِّساءَ الثِّقاتَ ، ويُقْبَلُ قولُ امْرَأةٍ ثِقَةٍ . فإن وَطِئَها المُشْتَرِى ، وقال : ما أصَبْتُها بِكْرًا . خُرِّجَ فيه وَجْهانِ ، بِناءً على الرِّوايَتَيْنِ فيما إذا اخْتَلَفا فى العَيْبِ الحَادِثِ .

فصل : وإن رَدَّ المُشْتَرِى السِّلْعَةَ بِعَيْبٍ فيها ، فأنْكَرَ البائِعُ كَوْنَها سِلْعَتَه ، فالقولُ قولُ البائِعِ مع يَمِينِه . وبه قال أبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأى . ونحوَه قال الأوْزاعِىُّ ، فإنَّه قال فى مَنْ صَرَفَ دَراهِمَ بِدَنانِيرَ ، ثم رَجَعَ بِدِرْهَمٍ ، فقال الصَّيْرَفِىُّ : ليس هذا دِرْهَمِى يَحْلِفُ الصَّيْرَفِىُّ : باللهِ لقد وَفَّيْتُكَه ، ويَبْرَأُ ؛ لأنَّ البائِعَ مُنْكِرٌ كَوْنَ هذه سِلْعَتَه ، ومُنْكِرٌ لِاسْتِحْقاقِ الفَسْخِ ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . فأمَّا إن جاءَ لِيَرُدَّ السِّلْعَةَ بخِيارٍ ، فأنْكَرَ البائِعُ أنَّها سِلْعَتُه ، فحَكَى ابنُ المُنْذِرِ عن أحمدَ ، أنَّ القولَ قولُ المُشْتَرِى . وهو قولُ الثَّوْرِىِّ ، وإسْحاقَ ، وأصْحابِ الرَّأْى ؛ لأنَّهما اتَّفَقا على اسْتِحْقاقِ فَسْخِ العَقْدِ ، والرَّدُّ بالعَيْبِ بخِلافِه .

٧٤٧ – مسألة ؛ قال : (**وإذَا اشْتَرَى شَيْئًا ، مَأْكُولُهُ فِى جَوْفِهِ ، فَكَسَرَهُ ، فوَجَدَهُ فَاسِدًا ، فَإنْ لَمْ يَكُنْ لِمَكْسُورِه قِيمَةٌ ، كَبَيْضِ الدَّجَاجِ ، رَجَعَ بالثَّمَنِ عَلَى الْبائِعِ ، وَإنْ كَانَ لِمَكْسُورِهِ قِيمَةٌ ، كَجَوْزِ الهِنْدِ ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ فِى الرَّدِّ وأخْذِ الثَّمَنِ ، وَعَلَيْهِ أرْشُ الْكَسْرِ ، أوْ يَأْخُذُ مَا بَيْنَ صَحِيحِهِ وَمَعِيبِهِ**)

وجملةُ ذلك ، أنَّه إذا اشْتَرَى ما لا يَطَّلِعُ على عَيْبِه إلَّا بِكَسْرِه ، كالبِطِّيخِ ، والرُّمَّانِ ، والجَوْزِ ، والبَيْضِ ، فكَسَرَهُ فبانَ عَيْبُه ، ففيه رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، لا يَرْجِعُ على البائِعِ بشىءٍ ، وهو مذهبُ / مالِكٍ ؛ لأنَّه ليس من البائِعِ تَدْلِيسٌ ، ولا تَفْرِيطٌ ؛ لِعَدَمِ مَعْرِفَتِه بِعَيْبِه ، وكَوْنِه لا يمكنُه الوُقُوفُ عليه إلَّا بِكَسْرِه ، فجَرَى

٤/٢٣٧ و

مَجْرَى البَراءَةِ من العُيُوبِ . والثانيةُ ، يَرْجِعُ عليه . وهى ظاهِرُ المذهبِ ، وقولُ أبى حنيفةَ والشَّافِعِىّ ؛ لأنَّ عَقْدَ البَيْعِ اقْتَضَى السَّلامَةَ من عَيْبٍ لم يَطَّلِعْ عليه المُشْتَرِى ، فإذا بانَ مَعِيبًا ، ثَبَتَ له الخِيارُ ، ولأنَّ البائِعَ إنَّما يَسْتَحِقُّ ثَمَنَ المَعِيبِ ، دونَ الصَّحِيحِ ؛ لأنَّه لم يَمْلِكْه صَحِيحًا ، فلا مَعْنَى لإِيجابِ الثَّمَنِ كُلِّه ، وكَوْنُه لم يُفَرِّطْ لا يَقْتَضِى أن يَجِبَ له ثَمَنُ ما لم يُسَلِّمْه ؛ بِدَلِيلِ العَيْبِ الذى لم يَعْلَمْه فى العَبْدِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ المَبِيعَ إن كان ممَّا لا قِيمَةَ له مَكْسُورًا ، كبَيْضِ الدَّجاجِ الفاسِدِ ، والرُّمَّانِ الأسْوَدِ ، والجَوْزِ الخَرِبِ ، والبِطِّيخِ التَّالِفِ ، رَجَعَ بالثَّمَنِ كلِّه ؛ لأنَّ هذا تَبَيَّنَ به فَسادُ العَقْدِ من أصْلِه ؛ لِكَونِه وَقَعَ على ما لا نَفْعَ فيه ، ولا يَصِحُّ بَيْعُ ما لا نَفْعَ فيه ، كالحَشَراتِ والمَيْتاتِ ، وليس عليه أن يَرُدَّ المَبِيعَ إلى البائِعِ ؛ لأنَّه لا فائِدَةَ فيه . الثانى ، أن يكونَ ممَّا لِمَعِيبِه قِيمَةٌ ، كَجَوْزِ الهِنْدِ ، وبَيْضِ النَّعامِ ، والبِطِّيخِ الذى فيه نَفْعٌ ، ونحوِه ، فإذا كَسَرَهُ نَظَرْتَ ، فإن كان كَسْرًا لا يُمْكِنُ اسْتِعْلامُ المَبِيعِ بدونِه ، فالمُشْتَرِى مُخَيَّرٌ بَيْنَ رَدِّهِ ورَدِّ أَرْشِ الكَسْرِ وأخْذِ الثَّمَنِ ، وبين أخْذِ أَرْشِ عَيْبِه ، وهو قِسْطُ ما بين صَحِيحِه ومَعِيبِه ، وهذا ظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىّ . وقال القاضِى : عندى لا أَرْشَ عليه لِكَسْرِه ؛ لأنَّ ذلك حَصَلَ بِطَرِيقِ اسْتِعْلامِ العَيْبِ ، والبائِعُ سَلَّطَهُ عليه ، حيثُ عَلِم أنَّه لا تُعْلَمُ له صِحَّتُه مِن فَسادِه بغيرِ ذلك . وهذا قولُ الشَّافِعِىّ . وَوَجْهُ قولِ الخِرَقِىّ ، أنَّه نَقْصٌ لم يَمْنَع الرَّدَّ ، فَلَزِمَ رَدُّ أَرْشِه ، كلَبَنِ المُصَرَّاةِ إذا حَلَبَها ، والبِكْرِ إذا وَطِئَها ، وبهٰذَيْن الأَصْلَيْنِ يَبْطُلُ ما ذَكَرَه ، فإنَّه لِاسْتِعْلامِ العَيْبِ ، والبائِعُ سَلَّطَه عليه ، بل هٰهُنا أَوْلَى ؛ لأنَّه تَدْلِيسٌ من البائِعِ ، والتَّصْرِيَةُ حَصَلَتْ بِتَدْلِيسِه ، وإن كان كَسْرًا يُمْكِنُ اسْتِعْلامُ المَبِيعِ بدُونِه ، إلَّا أنَّه لا يُتْلِفُ المَبِيعَ بالكُلِّيَّةِ ، فالحُكْمُ فيه كالذى قبلَه فى قَوْلِ الخِرَقِىّ ، وهو قولُ القاضِى أيضًا . والمُشْتَرِى مُخَيَّرٌ بين رَدِّه وأَرْشِ الكَسْرِ / وأخْذِ الثَّمَنِ ، وبين أخْذِ أَرْشِ العَيْبِ . وهو إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ عن أحمدَ . والرِّوايَةُ الثانية ، ليس له رَدُّه ، وله أَرْشُ العَيْبِ . وهذا قولُ أبى حنيفة والشَّافِعِىّ ، وقد ذَكَرْنا ذلك فيما تَقَدَّمَ . وإن كَسَرَه كَسْرًا لا يُبْقِى له قِيمَةً ، فلَهُ أَرْشُ العَيْبِ ، لا غيرُ ؛ لأنَّه

٢٣٧/٤ ظ

أتْلَفه ، وقَدْرُ أَرْشِ العَيْبِ قِسْطُ ما بين الصَّحِيحِ والمَعِيبِ من الثَّمَنِ ، فَيُقَوَّمُ المَبِيعُ صَحِيحًا ، ثم يُقَوَّمُ مَعِيبًا غيرَ مَكْسُورٍ ، فيكونُ لِلْمُشْتَرِى قَدْرُ ما بينهما من الثَّمَنِ . على ما مَضَى شَرْحُه .

فصل : ولو اشْتَرَى ثَوْبًا فَنَشَرَه فوَجَدَه مَعِيبًا ، فإن كان ممَّا لا يَنْقُصُه النَّشْرُ ، رَدَّه ، وإن كان يَنْقُصُه النَّشْرُ ، كالهِسَنْجَانِى[٣] ، الذى يُطْوَى طاقَيْنِ مُلْتَصِقَيْنِ ، جَرَى ذلكَ مَجْرَى جَوْزِ الهِنْدِ ، على التَّفْصِيلِ المَذْكُورِ ، فيما إذا لم يَزِدْ على ما يَحْصُلُ به اسْتِعْلَامُ المَبِيعِ ، أو زادَ ، كَنَشْرِ مَن لا يَعْرِفُ . وإن أَحَبَّ أَخْذَ أَرْشِه ، فله ذلك بكلِّ حالٍ .

فصل : وإذا اشْتَرَى ثَوْبًا فصَبَغَه ، ثم ظَهَرَ على عَيْبٍ ، فله أَرْشُه لا غيرُ ، وبهذا قال أبو حنيفةَ . وعن أحمدَ ، أنَّ له رَدَّه . وأَخْذَ زِيادَتِه بالصَّبْغِ ؛ لأنَّها زِيادَةٌ ، فلا تَمْنَعُ الرَّدَّ ، كالسِّمَنِ والكَسْبِ . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّ هذا مُعاوَضَةٌ ، فلا يُجْبَرُ البائِعُ على قَبُولِها ، كسائِرِ المُعاوَضاتِ . وفارَقَ السِّمَنَ والكَسْبَ ، فإنَّه لا يَأْخُذُ عن السِّمَنِ عِوَضًا ، والكَسْبُ لِلْمُشْتَرِى لا يَرُدُّه ، ولا يُعاوَضُ عنه . وإن قال البائِعُ : أنا آخُذُه ، وأُعْطِى قِيمَةَ الصَّبْغِ . لم يَلْزَمِ المُشْتَرِىَ ذلك . وقال الشَّافِعِىُّ : ليس لِلْمُشْتَرِى إلَّا رَدُّه ؛ لأنَّه أمْكَنَه رَدُّه ، فلم يَمْلِكْ أَخْذَ الأَرْشِ ، كما لو سَمِنَ عَبْدُه ، أو كَسَبَ . ولَنا ، أنَّه لا يُمْكِنُه رَدُّه ، إلَّا بِرَدِّ شىءٍ مِن مالِه معه ، فلم يَسْقُطْ حَقُّه من الأَرْشِ بِامْتِناعِه من رَدِّه ، كما لو تَعَيَّبَ عندَه ، فطَلَبَ البائِعُ أَخْذَه مع أَرْشِ العَيْبِ الحادِثِ . والأَصْلُ لا نُسَلِّمُه ، فإنَّه يَسْتَحِقُّ أَخْذَ الأَرْشِ إذا أرادَه بكلِّ حالٍ .

فصل : يَصِحُّ بَيْعُ العَبْدِ الجانِى ، سواءٌ كانت الجِنايَةُ ، عَمْدًا أو خَطَأً ، على النَّفْسِ وما دونَها ، مُوجِبَةً لِلقِصاصِ أو غيرَ مُوجِبَةٍ له . وبهذا قال أبو حنيفَةَ ، والشَّافِعِىُّ فى أحد قَوْلَيْه ، وقال فى الآخَرِ : لا يَصِحُّ بَيْعُه ؛ لأنَّه تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِه حَقُّ آدَمِىٍّ ، فمَنَعَ

---

(٣) نسبة إلى هسنجان ، قرية بالرى . معجم البلدان ٤/٩٧٤ .

صِحَّةَ بَيْعِه ، كالرَّهْنِ ، بل حَقُّ الجِنايَةِ / آكَدُ ؛ لأنَّها تُقَدَّمُ على حَقِّ المُرْتَهِنِ . ٤/٢٣٨ و
ولَنا ، أنَّه حَقٌّ غيرُ مُسْتَقِرٍّ فى الجانِى ، يَمْلِكُ أداءَه من غيرِه ، فلم يَمْنَعِ البَيْعَ ، كالزَّكاةِ ، أو حَقٌّ يَثْبُتُ بغيرِ رِضَا سَيِّدِه ، فلم يَمْنَعْ بَيْعَه ، كالدَّيْنِ فى ذِمَّتِه ، أو تَصَرُّفٌ فى الجانِى ، فجازَ ، كالعِتْقِ . وإن كان الحَقُّ قِصاصًا ، فهو تُرْجَى سَلامَتُه ويُخْشَى تَلَفُه ، فأشْبَهَ المَرِيضَ . أمَّا الرَّهْنُ ، فإنَّ الحَقَّ مُتَعَيِّنٌ فيه ، لا يَمْلِكُ سَيِّدُه إبْدالَه ، ثَبَتَ الحَقُّ فيه بِرِضاه ، وَثِيقَةً لِلدَّيْنِ ، فلو أبْطَلَه بِالبَيْعِ ، سَقَطَ حَقُّ الوَثِيقَةِ الذى الْتَزَمَه بِرِضاه واخْتِيارِه . إذا ثَبَتَ هذا فمتى باعَه ، وكانت الجِنايَةُ مُوجِبَةً للمالِ ، أو القَوَدِ ، فعُفِىَ عنه إلى مالٍ ، فعلَى السَّيِّدِ فِداؤُه بأقَلِّ الأمْرَيْنِ من قِيمَتِه ، أو أرْشِ جِنايَتِه ، ويَزُولُ الحَقُّ عن رَقَبَةِ العَبْدِ بِبَيْعِه ؛ لأنَّ لِلسَّيِّدِ الخِيرَةَ ، بين تَسْلِيمِه وفِدائِه . فإن باعَه تَعَيَّنَ عليه فِداؤُه ؛ لإخْراجِ العَبْدِ من مِلْكِه . ولا خِيارَ لِلْمُشْتَرِى ؛ لِعَدَمِ الضَّرَرِ عليه ، إذِ الرُّجُوعُ على غيرِه ، هذا إذا كان السَّيِّدُ مُوسِرًا . وقال بعضُ أصْحابِ الشَّافِعِىِّ : لا يَلْزَمُ السَّيِّدَ فِدَاؤُه ؛ لأنَّ أكْثَرَ ما فيه أنَّه الْتَزَمَ فِداءَه ، فلا يَلْزَمُه ذلك ، كما لو قال الرَّاهِنُ : أنا أقْضِى الدَّيْنَ من الرَّهْنِ . ولَنا ، أنَّه زالَ مِلْكُه عن الجانِى ، فَلَزِمَه فِداؤُه ، كما لو قَتَلَه ، بخِلافِ الرَّهْنِ ، وبهذا قال أبو حنيفةَ . وإن كان البائِعُ مُعْسِرًا ، لم يَسْقُطْ حَقُّ المَجْنِىِّ عليه من رَقَبَةِ الجانِى ؛ لأنَّ البائِعَ إنَّما يَمْلِكُ نَقْلَ حَقِّه عن رَقَبَتِه بفِدائِه أو ما يَقُومُ مَقامَه ، ولا يَحْصُلُ ذلك فى ذِمَّةِ المُعْسِرِ ، فيَبْقَى الحَقُّ فى رَقَبَتِه بحالِه مُقَدَّمًا على حَقِّ المُشْتَرِى . ولِلْمُشْتَرِى خِيارُ الفَسْخِ ، إن كان غيرَ عالِمٍ بِبَقاءِ الحَقِّ فى رَقَبَتِه ، فإن فَسَخَ رَجَعَ بالثَّمنِ ، وإن لم يَفْسَخْ ، وكانت الجِنايَةُ مُسْتَوْعِبَةً لِرَقَبَةِ العَبْدِ ، فأُخِذَ بها ، رَجَعَ المُشْتَرِى بالثَّمَنِ أيضا ، لأنَّ أرْشَ مثلِ هذا جَمِيعُ ثَمَنِه ، وإن كانت غيرَ مُسْتَوْعِبَةٍ لِرَقَبَتِه ، رَجَعَ بِقَدْرِ أرْشِه . وإن كان عالِمًا بِعَيْبِه ، راضِيًا بِتَعَلُّقِ الحَقِّ به ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ ؛ لأنَّه اشْتَرَى مَعِيبًا عالِمًا بِعَيْبِه . فإن اخْتارَ المُشْتَرِى فِداءَه ، فله ذلك ، والبَيْعُ بحالِه ؛ لأنَّه يَقُومُ مقامَ البائِعِ فى الخِيرَةِ بين تَسْلِيمِه وفِدائِه ، وحُكْمُه فى الرُّجُوعِ بما فَداهُ به على البائِعِ حُكْمُ قَضاءِ الدَّيْنِ عنه . / فإن كانت الجِنايَةُ مُوجِبَةً لِلقِصاصِ ، فلِلمُشْتَرِى الخِيارُ ، بين الرَّدِّ وأخْذِ ٤/٢٣٨ ظ

الأَرْشِ ، فإن اقْتُصَّ منه تَعَيَّنَ الأَرْشُ ، وهو قِسْطُ قِيمَتِه ما بَيْنَه جانِيًا وغيرَ جانٍ ، ولا يَبْطُلُ البَيْعُ من أصْلِه . وبهذا قال أصْحابُ الشَّافِعِيِّ . وقال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِيُّ : يَرْجِعُ بجَمِيعِ الثَّمَنِ ؛ لأنَّ تَلَفَه كان بمعنًى اسْتُحِقَّ عندَ البائِعِ ، فجَرَى مَجْرَى إتْلافِه إيّاه . ولَنا ، أنَّه تَلِفَ عند المُشْتَرِى بالعَيْبِ الذى كان فيه ، فلم يُوجِبِ الرُّجُوعَ بجَمِيعِ الثَّمَنِ ، كما لو كان مَرِيضًا ، فماتَ بدائِه ، أو مُرْتَدًّا ، فقُتِلَ برِدَّتِه ، وما ذَكَرُوه مُنْتَقِضٌ بما ذَكَرْناه ، ولا يَصِحُّ قِياسُهُم على إتْلافِه ؛ لأنَّه لم يُتْلِفْه ، فما اشْتَرَكا فى المُقْتَضِى . ولو كانت الجِنايَةُ مُوجِبَةً لِقَطْعِ يَدِه ، فقُطِعَتْ عند المُشترِى ، فقد تَعَيَّبَ فى يَدِه ؛ لأنَّ اسْتِحْقاقَ القَطْعِ دونَ حَقِيقَتِه ، فهل يَمْنَعُ ذلك رَدَّه بعَيْبِه ؟ على رِوايَتَيْنِ . ومتى اشْتَراه عالِمًا بِعَيْبِه ، لم يكُنْ له رَدُّه ؛ ولا أرْشٌ ، كسائِرِ المَعِيباتِ ، وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : وحُكْمُ المُرْتَدِّ حُكْمُ القاتِلِ ، فى صِحَّةِ بَيْعِه ، وسائِرِ أحْكامِه المَذْكُورَةِ فيه ، فإنَّ قَتْلَهُ غيرُ مُتَحَتِّمٍ ؛ لاحْتِمالِ رُجُوعِه إلى الإِسْلامِ . وكذلك القاتِلُ فى المُحارَبَةِ إذا تابَ قبل القُدْرَةِ عليه ، فإن لم يَتُبْ حتى قُدِرَ عليه ، فقال أبو الخَطَّابِ : هو كالقاتِلِ فى غيرِ مُحارَبَةٍ ؛ لأنَّه عَبْدٌ قِنٌّ ، يَصِحُّ إعْتاقُه ، ويَمْلِكُ اسْتِخْدَامَه ، فصَحَّ بَيْعُه ، كغير القاتِلِ ، ولأنَّه يُمْكِنُه الانْتِفاعُ به إلى حالِ قَتْلِه ، ويَعْتِقُه فيَنْجَزُّ[4] به وَلاءُ أوْلَادِه ، فجازَ بَيْعُه ، كالمَرِيضِ المَأْيُوسِ من بُرْئِه . وقال القاضى : لا يَصِحُّ بَيْعُه ؛ لأنَّه تَحَتَّمَ قَتْلُه وإتْلافُه وإذْهابُ مالِيَّتِه ، وحَرُمَ إبْقاؤُه ، فصارَ بمَنْزِلَةِ ما لا نَفْعَ فيه من الحَشَراتِ والمَيْتاتِ ، وهذه المَنْفَعَةُ اليَسِيرَةُ مُفْضِيَةٌ به إلى قَتْلِه لا يَتَمهَّدُ بها مَحلًّا لِلْبَيْعِ ، كالمَنْفَعَةِ الحاصِلَةِ من المَيْتَةِ ؛ لِسَدِّ بَثْقٍ[5] ، أو إطْعامِ كَلْبٍ ، والأَوَّلُ أصَحُّ ، فإنَّه كان مَحلًّا لِلْبَيْعِ ، والأَصْلُ بَقاءُ ذلك فيه ، وانْحِتامُ إتْلافِه

---

(٤) فى م : « فينجن » .

(٥) البثق : موضع انبثاق الماء من نهر ونحوه .

لا يَجْعَلُه تالِفًا ؛ بِدَلِيلِ أنَّ أحْكامَ الحَياةِ ، من التَّكْلِيفِ وغيرِه ، لا تَسْقُطُ عنه ، ولا تَثْبُتُ أحْكامُ المَوْتَى له ، مِن إرْثِ مالِه ، ونُفُوذِ وَصِيَّتِه وغيرِها ، ولأنَّ خُرُوجَه عن حُكْمِ الأصْلِ ، لا يَثْبُتُ إلَّا بِدَلِيلٍ ، ولا نَصَّ فى هذا ولا إجْماعَ ، ولا يَصِحُّ قِياسُه / على الحَشراتِ والمَيْتاتِ ؛ لأنَّ تلك لم تكنْ فيها مَنْفَعَةٌ ، فيما مَضَى ، ولا فى الحالِ ، وعلى أنَّ[6] هذا التَّحَتُّمَ يُمكنُ زَوَالُه ؛ لِزَوالِ ما ثَبَتَ به من الرُّجُوعِ عن الإقْرارِ ، وإن كان ثَبَتَ به ، أو رُجُوعِ البَيِّنَةِ ، ولو لم يُمْكِنْ زَوالُه ، فأكْثَرُ ما فيه تَحَقُّقُ تَلَفِه ، وذلك يَجْعَلُه كالمَرِيضِ المَأْيُوسِ من بُرْئِه ، وبَيْعُه جائِزٌ . ٢٣٩/٤ و

٧٤٨ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَه مَالٌ ، فَمَالُه لِلْبَائِعِ ، إلَّا أنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتَاعُ ، إذَا كَانَ قَصْدُه لِلْعَبْدِ لَا لِلْمَالِ)

وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ السَّيِّدَ إذا باعَ عَبْدَه ، أو جارِيَتَه ، وله مالٌ مَلَّكَه إيَّاه مَوْلاه ، أو خَصَّه به ، فهو للبائِعِ ؛ لما رَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُه لِلْبَائِعِ ، إلَّا أنْ يَشْتَرِطَه المُبْتَاعُ » . رواهُ مُسْلِمٌ ، وأبو داودَ ، وابنُ ماجه[1] . ولأنَّ العَبْدَ ومالَه[2] للبائِعِ ، فإذا باعَ العَبْدَ اخْتَصَّ البَيْعُ به دُونَ غيرِه ، كما لو كان له عَبْدانِ فباعَ أحَدَهُما . وإن اشْتَرَطَه المُبْتاعُ كان له ؛ لِلْخَبَرِ ، ورَوَى ذلك نافِعٌ ، عن ابنِ عمرَ ، عن عمرَ بن الخَطَّابِ رَضِىَ اللهُ عنه ، وقَضَى به شُرَيْحٌ ، وبه قال عَطاءٌ ، وطاوُسٌ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسْحاقُ . قال الخِرَقِىُّ : إذا كان قَصْدُه لِلْعَبْدِ لا للمالِ . هذا مَنْصُوصُ أحمدَ ، وهو قولُ الشَّافِعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وعُثمانَ البَتِّىِّ . ومَعْناه ، أنَّه لا يَقْصِدُ بالبَيْعِ شِراءَ مالِ العَبْدِ ، إنَّما يَقْصِدُ بَقاءَ المالِ لِعَبْدِه ، وإقْرارَه فى يَدِه ، فمتى كان كذلك ، صَحَّ اشْتِراطُه ، ودَخَلَ فى البَيْعِ به ، سواءٌ كان المالُ مَعْلُومًا أو مَجْهُولًا ، من جِنْسِ الثَّمَنِ أو مِن غيرِه ، عَيْنًا

---

(٦) سقط من : الأصل .

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١ .

(٢) فى الأصل : « ماله » بإسقاط الواو .

كان أو دَيْنًا ، وسواءٌ كان مثلَ الثَّمنِ أو أقلَّ أو أكْثَرَ . قال الْبَتِّيُّ : إذا باعَ عَبْدًا[٣] بأَلْفِ دِرْهَمٍ ، ومعه أَلْفُ دِرْهَمٍ ، فالبَيْعُ جائِزٌ إذا كانتْ رَغْبَةُ المُبْتاعِ فى العَبْدِ لا فى الدَّرَاهِمِ ؛ وذلك لأنَّه دَخَلَ فى البَيْعِ تَبَعًا غيرَ مَقْصُودٍ ، فأشْبَهَ أسَاساتِ الحِيطَانِ ، والتَّمْوِيهَ بالذَّهَبِ فى السُّقُوفِ ، فأمَّا إن كان المالُ مَقْصُودًا بالشِّراءِ ، جازَ اشْتِرَاطُه إذا وُجِدَتْ فيه شَرَائِطُ البَيْعِ ، من العِلْمِ به ، وأن لا يكونَ بينه وبين الثَّمنِ رِبًا ، كما يُعْتَبَرُ ذلك فى العَيْنَيْنِ المَبِيعَتَيْنِ ؛ لأنه مَبِيعٌ مَقْصُودٌ ، فأشْبَهَ ما لو ضَمَّ إلى العَبْدِ عَيْنًا أخرى وباعَهما . وقال القاضِى : هذا يَنْبَنِى على كَوْنِ العَبْدِ يَمْلِكُ أو لا يَمْلِكُ ، فإن قُلْنا : لا يَمْلِكُ . فاشْتَرطَ المُشْتَرِى مَالَهُ صارَ مَبِيعًا معه ، فاشْتُرِطَ فيه ما يُشْتَرَطُ فى سَائِرِ المَبِيعَاتِ . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ . وإن قُلْنا : يَمْلِكُ . احْتُمِلَتْ فيه الجَهَالَةُ وغيرُها ممَّا ذَكَرْنَا من قبلُ ؛ لأنَّه تَبَعٌ فى البَيْعِ لا أصْلٌ ، فأشْبَهَ طَىَّ الآبارِ . وهذا خِلَافُ نَصِّ أحمدَ وقولِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّهما جَعَلَا الشَّرْطَ الذى يَخْتَلِفُ الحُكْمُ به قَصْدَ المُشْتَرِى دُونَ غيرِه ، وهو أصَحُّ إن شاءَ اللهُ تعالى ، واحْتِمَالُ الجَهَالَةِ فيه لِكَوْنِه غيرَ مَقْصُودٍ ، كما ذَكَرْنا ، كاللَّبَنِ فى ضَرْعِ الشَّاةِ المَبِيعَةِ ، والحَمْلِ فى بَطْنِها ، والصُّوفِ على ظَهْرِهَا ، وأشْبَاهِ ذلك ، فإنَّه مَبِيعٌ ، ويَحْتَمِلُ فيه الجَهَالَةَ وغيرَها ، لما ذَكَرْنا . وقد قيل : إنَّ المالَ ليس بمَبِيعٍ هٰهُنا ، وإنَّما اسْتَبْقَاهُ المُشْتَرِى على مِلْكِ العَبْدِ لا يَزُولُ عنه إلى البائِعِ . وهو قَرِيبٌ من الأوَّلِ .

فصل : وإذا اشْتَرَى عَبْدًا ، واشْتَرطَ مَالَه ، ثم رَدَّ العَبْدَ بِعَيْبٍ أو خِيَارٍ أو إقَالَةٍ ، رَدَّ مَالَهُ معه . وقال داوُدُ : يَرُدُّ العَبْدَ دُونَ مَالِه ؛ لأنَّ مَالَهُ لم يَدْخُلْ فى البَيْعِ ، فأشْبَهَ النَّمَاءَ الحادِثَ عندَه . ولَنا ، أنَّه عَيْنُ مالٍ أخَذَها المُشْتَرِى ، لا تَحْصُلُ بِدُونِ البَيْعِ ، فيَرُدُّها بالفَسْخِ ، كالعَبْدِ ، ولأنَّ العَبْدَ إذا كان ذا مالٍ كانت قِيمَتُه أكْثَرَ ، فأخْذُ مَالِه يَنْقُصُ قِيمَتَه ، فلم يَمْلِكْ رَدَّه حتى يَدْفَعَ ما يُزِيلُ نَقْصَه . فإن تَلِفَ مالُه ، ثم أرادَ رَدَّه ، فهو بمَنْزِلَةِ العَيْبِ الحادِثِ عند المُشْتَرِى ، هل يَمْنَعُ الرَّدَّ ؟ على رِوايَتَيْنِ ،

---

(٣) سقط من : الأصل .

فإن قُلْنا : يَرُدُّه . فعليه قِيمَةُ ما أتْلَفَ . قال أحْمَدُ : فى رَجُلٍ اشْتَرَى أَمَةً معها قِنَاعٌ ، فاشْتَرَطَهُ ، وظَهَرَ على عَيْبٍ ، وقد تَلِفَ القِنَاعُ : غَرِمَ قِيمَتَهُ بِحِصَّتِه من الثَّمَنِ .

فصل : وما كان على العَبْدِ أو الجَارِيَةِ من الحَلْيِ ، فهو بمَنْزِلَةِ مَالِه ، على ما ذَكَرْنا . فأمَّا الثِّيَابُ فقال أحمدُ : ما كان يَلْبَسُه عند البائِعِ ، فهو للمُشْتَرِى ، وإن كانت ثِيابًا يَلْبَسُها فوقَ ثِيَابِه ، أو شيْئًا يُزَيِّنُه به ، فهو للبائِعِ ، إلَّا أن يَشْتَرِطَه المُبْتَاعُ . يعنى أنَّ الثِّيَابَ التى يَلْبَسُها عَادَةً لِلْخِدْمَةِ والبِذْلَةِ ، تَدْخُلُ فى البَيْعِ ، دون الثِّيَابِ التى يَتَجَمَّلُ بها ؛ لأنَّ ثِيَابَ البِذْلَةِ جَرَتِ العادَةُ بِبَيْعِها معه ، ولأنَّها تَتَعَلَّقُ بها مَصْلَحَتُه وحَاجَتُه ، إذْلا غَنَاءَ له عنها ، فجَرَتْ مجْرَى مَفَاتِيحِ الدَّارِ ، بخِلَافِ ثِيَابِ الجَمَالِ ، فإنَّها زِيَادَةٌ على العَادَةِ ، ولا تَتَعَلَّقُ بها حَاجَةُ العَبْدِ ، وإنما يُلْبِسُها إيَّاهُ لِيُنْفِقَهُ بها ، وهذه حاجَةُ السَّيِّد ، لا حَاجَةُ العَبْدِ ، ولم تَجْرِ العَادَةُ بالمُسَامَحَةِ فيها ، فجَرَتْ مَجْرَى السُّتُورِ فى الدَّارِ والدَّابَّةِ التى يَرْكَبُهُ عليها ، مع دُخُولِها فى الخَبَرِ ، وبَقَائِها على الأصْلِ . وقال ابنُ عُمَرَ : مَن بَاعَ وَلِيدَة ، زَيَّنَها بثِيَابٍ ، فلِلَّذِى اشْتَرَاها ما عليها ، إلَّا أن يَشْتَرِطَه الذى بَاعَها . وبه قال الحَسَنُ ، والنَّخَعِىُّ . ولَنا ، الخبرُ الذى رَوَاهُ ابن عمرَ . ولأنَّ الثِّيَابَ لم يَتَنَاوَلْها لَفْظُ البَيْعِ ، ولا جَرَتِ العادَةُ بِبَيْعِها معه ، أشْبَهَ سائِرَ مالِ البائعِ . ولأنَّه زِينَةٌ لِلْمَبِيعِ ، فأشْبَهَ ما لو زَيَّنَ الدّارَ بِبِسَاطٍ أو سِتْرٍ .

فصل : ولا يَمْلِكُ العَبْدُ شَيْئًا ، إذا لم يُمَلِّكْه سَيِّدُه . فى قول عَامَّةِ أهْلِ العِلْمِ . وقال أهْلُ الظَّاهِرِ : يَمْلِكُ ؛ لِدُخُولِه فى عُمُومِ قوله تعالى : ﴿ خَلَقَ لَكُمْ مَا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾[4] . وقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « من بَاعَ عَبْدًا وله مالٌ » . فأضَافَ المَالَ إليه بِلَامِ التَّمْلِيكِ . ولَنا ، قولُه تعالى : ﴿ ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَىْءٍ ﴾[5] . ولأنَّ سَيِّدَه يَمْلِكُ عَيْنَه ومَنافِعَه ، فما حَصَلَ بذلك يَجِبُ أن يكونَ

---

(٤) سورة البقرة ٢٩ .

(٥) سورة النحل ٧٥ .

لِسَيِّدِهِ ، كَبَهِيمَتِه . فأمَّا إن مَلَّكَهُ سَيِّدُه شَيْئًا ، ففيه رِوَايَتانِ ؛ إحْداهُما ، لا يَمْلِكُه . وهو ظاهِرُ قَوْلِ الخِرَقِيِّ ؛ فإنَّه قال : والسَّيِّدُ يُزَكِّي عمَّا فى يَدِ عَبْدِه ؛ لأنَّه مالِكُه . وقال : والعَبْدُ لا يَرِثُ ، ولا مالَ له فيُورَثُ عنه . وهو اخْتِيارُ أبى بكرٍ ، وقولُ أبى حنيفةَ ، والثَّوْرِىِّ ، وإسْحاقَ ، والشَّافِعِىِّ فى الجَدِيدِ ؛ لأنَّه مَمْلُوكٌ ، فلم يَمْلِكْ ، كالبَهِيمَةِ . والثانية ، يَمْلِكُ . وهى أصَحُّ عِنْدِى . وهو قولُ مالِكٍ ، والشَّافِعِىِّ فى القَدِيمِ ؛ للآيةِ والخَبَرِ ، ولأنَّه آدَمِىٌّ حَىٌّ ، فمَلَكَ كالحُرِّ ، ولأنَّه يَمْلِكُ فى النِّكاحِ ، فمَلَكَ فى المالِ كالحُرِّ ، ولأنَّه يَصِحُّ الإقْرارُ له ، فأشْبَه الحُرَّ ، وما ذَكَرُوهُ تَعْلِيلٌ بالمانِعِ ، ولا يَثْبُتُ اعْتِبَارُه إلَّا أن يُوجَدَ المُقْتَضِى فى الأصْلِ ، ولم يُوجَدْ فى البَهِيمَةِ ما يَقْتَضِى ثُبُوتَ المِلْكِ لها ، وإنَّما انْتَفَى مِلْكُها لعدمِ المُقْتَضِى له ، لا لِكَوْنِها مَمْلُوكَةً ، وكونُها مَمْلُوكَةً / عَدِيمُ الأثَرِ ، فإنَّ سائِرَ البَهائِمِ التى لَيْسَتْ مَمْلُوكَةً من الصُّيُودِ والوُحُوشِ ، لا تُمَلَّكُ ، وكذلك الجَماداتُ ، وإذا بَطَلَ كونُ ما ذَكَرُوه مانِعًا ، وقد تَحَقَّقَ المُقْتَضِى ، لَزِمَ ثُبُوتُ حُكْمِه . واللهُ أعلمُ .

٤/٢٤٠ ظ

٥/١ ظ

/ ٧٤٩ – مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِنَسِيئَةٍ ، لم يَجُزْ أنْ يَشْتَرِيهَا بِأقَلَّ مِمَّا بَاعَهَا بِهِ**)

وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ مَن باعَ سِلْعَةً بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ ، ثم اشْتَراها بأقَلَّ منه نَقْدًا ، لم يَجُزْ فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . رُوِىَ ذلك عن ابنِ عَبَّاسٍ ، وعائِشَةَ ، والحسنِ ، وابنِ سِيرِينَ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ . وبه قال أبو الزِّنادِ ، ورَبِيعَةُ ، وعبدُ العزيزِ ابنُ أبى سَلَمَةَ[1] ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، ومالِكٌ ، وإسْحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وأجازَه الشَّافِعِىُّ ؛ لأنَّه ثَمَنٌ يجوزُ [2]أن يَبِيعَها[2] به من غيرِ بائِعِها ، فجازَ

---

(١) هو عبد العزيز بن عبد الله بن أبى سلمة الماجشون ، أبو عبد الله ، فقيه مالكى ، ثقة صدوق ، كثير الحديث . توفى سنة أربع وستين ومائة . تهذيب التهذيب ٦/٣٤٣ ، ٣٤٤ . وانظر : طبقات الفقهاء ، للشيرازى ٦٧ .

(٢ – ٢) فى م : « بيعها » .

من بائِعِها ، كما لو باعَها بمثلِ ثَمَنِها . ولَنا ، ما رَوَى غُنْدَرٌ ، عن شُعْبَةَ ، عن أبي إسْحاقَ السَّبِيعِيِّ ، عن امْرَأَتِه العَالِيَة بنتِ أَيْفَعَ بن شُرَحبِيل ، أنَّها قالتْ : دَخَلْتُ أنا وأُمُّ وَلَدِ زَيْدِ بن أَرْقَمَ وامْرَأَته على عَائِشَةَ ، رضِىَ الله عنها ، فقالَتْ أُمُّ وَلَدِ زَيْدِ ابنِ أَرْقَمَ : إنِّى بِعْتُ غُلامًا من زَيْدِ بنِ أَرْقَمَ بِثَمانِمائَةِ درهمٍ إلى العَطَاءِ ، ثم اشْتَرَيْتُه منه بِسِتِّمائة درهمٍ ، فقالت لها : بِئْسَ ما شَرَيْتِ ، وبِئْسَ ما اشْتَرَيْتِ ، أَبْلِغِى زَيْدَ بنَ أَرْقَمَ : أنَّه قد أَبطَلَ جِهَادَهُ مع رسولِ الله ﷺ ، إلَّا أنْ يَتُوبَ . رواه الإمامُ أحْمَدُ[3] ، وسَعِيدُ بن مَنْصُورٍ . والظَّاهِرُ ، أنَّها لا تقولُ مثلَ هذا التَّغْلِيظِ ، وتُقْدِمُ عليه ، إلَّا بتَوْقِيفٍ سَمِعَتْهُ من رسولِ الله ﷺ ، فجَرَى مجْرَى رِوايَتِها ذلك عنه ، ولأنَّ ذلك ذَرِيعَةٌ إلى الرِّبا ، فإنَّه يُدْخِلُ السِّلْعَةَ ، لِيَسْتَبِيحَ بَيْعَ أَلْفٍ بخَمْسِمائةٍ إلى أجَلٍ مَعْلُومٍ . وكذلك رُوِىَ عن ابنِ عَبَّاسٍ فى مثلِ هذه المَسْأَلَةِ أنَّه قال : أرى مائةً بخَمسينَ بينهما حَرِيرَةٌ . يَعْنِى خِرْقَةَ حَرِيرٍ جَعَلَاها فى بَيْعِهِما . والذَّرَائِعُ مُعْتَبَرَةٌ لما قَدَّمْنَاه ، فأمَّا بَيْعُها بمثلِ الثَّمَنِ ، أو أكْثَرَ ، فيجوزُ ؛ لأنَّه لا يكونُ ذَرِيعَةً . وهذا إذا كانتِ السِّلْعَةُ لم تَنْقُصْ عن حالةِ البَيْعِ ، فإن نَقَصَتْ ، مثلُ أن هَزَلَ العبدُ ، أو نَسِيَ صِناعَةً ، أو تَخَرَّقَ الثَّوْبُ ، أو بَلِىَ جازَ له شِراؤُها بما شاءَ ؛ لأنَّ نَقْصَ الثَّمنِ لِنَقْصِ المَبِيعِ ، لا للتَّوَسُّلِ إلى الرِّبَا . وإن نَقَصَ سِعْرُها ، أو زادَ لذلك ، أو لمعنًى حَدَثَ فيها ، لم يَجُزْ بَيْعُها بأَقَلَّ من ثَمَنِها ، / كما لو كانتْ بحالِها . نَصَّ أحمدُ على هذا كلِّه . ٢/٥ و

فصل : وإن اشْتَرَاها بِعَرْضٍ ، أو كان بَيْعُها الأولُ بِعَرْضٍ ، فاشْتَرَاها بِنَقْدٍ ، جَازَ . وبه قال أبو حنيفةَ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا ؛ لأنَّ التَّحْرِيمَ إنَّما كان لِشُبْهَةِ الرِّبا ،

---

(٣) وأخرجه البيهقى ، فى : باب الرجل يبيع الشىء إلى أجل ... إلخ ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٣٠/٥ ، ٣٣١ . وعبد الرزاق ، فى : باب الرجل يبيع السلعة ... إلخ ، من كتاب البيوع . المصنف ١٨٤/٨ ، ١٨٥ .

ولا رِبًا بين الأثمانِ والعُرُوضِ . فأمَّا إن باعَها بِنَقْدٍ ، ثم اشْتَرَاهَا بِنَقْدٍ آخَرَ ، مثل أن يَبِيعَها بمائَتَيْ درهمٍ ، ثم اشْتَراها بعشرةِ دنانيرَ ، فقال أصْحَابُنا : يجوزُ ؛ لأنَّهما جِنْسانِ لا يَحْرُمُ التَّفَاضُلُ بينهما . فجَازَ ، كما لو اشْتَرَاهَا بِعَرْضٍ ، أو بمثلِ الثَّمَنِ . وقال أبو حنيفةَ : لا يجوزُ اسْتِحْسانًا ؛ لأنَّهما كالشَّيْءِ الواحدِ في معنى الثَّمَنِيَّةِ ، ولأنَّ ذلك يُتَّخَذُ وَسِيلَةً إلى الرِّبا ، فأشْبَه ما لو باعَها بِجِنْسِ الثَّمنِ الأولِ . (٤)وهذا أصَحُّ . إن شاء اللهُ تعالى(٤) .

فصل : وهذه المَسْأَلَةُ تُسَمَّى مَسْأَلَةَ العِينَةِ . قال الشاعرُ(٥) :

أَنَدَّانُ أَمْ نَعْتَانُ أم يَنْبَرِى لَنَا فَتًى مِثْلُ نَصْلِ السَّيْفِ مِيزَتْ مَضَارِبُه(٦)

فقوله : نَعْتَانُ . أى نَشْتَرِى عِينَةً(٧) مثلَ ما وَصَفْنَا . وقد رَوَى أبو داودَ(٨) ، بإسْنادِه عن ابنِ عمرَ قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقول : « إذَا تَبَايَعْتُمْ بالْعِينَةِ ، وأَخَذْتُمْ أَذْنَابَ البَقَرِ ، ورَضِيْتُم بِالزَّرْعِ ، وتَرَكْتُمُ الجِهَادَ ، سَلَّطَ اللهُ عَلَيْكُمْ ذُلًّا لايَنْزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إلَى دِينِكُمْ » . وهذا وَعِيدٌ يَدُلُّ على التَّحْرِيمِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه قال : العِينَةُ أن يكونَ عندَ الرَّجُلِ المَتَاعُ ، فلا يَبِيعُه إلَّا بِنَسِيئَةٍ ، فإن بَاعَهُ بِنَقْدٍ ونَسِيئَةٍ فلا بَأْسَ . وقال : أَكْرَهُ لِلرَّجُلِ أن لا يكونَ له تِجارَةٌ غيرَ العِينَةِ ، لا يَبِيعُ بِنَقْدٍ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : إنَّمَا كَرِهَ النَّسِيئَةَ لِمُضَارَعَتِها الرِّبا ، فإنَّ الغالِبَ أنَّ البائِعَ بِنَسِيئَةٍ يَقْصِدُ الزِّيَادَةَ بالأجَلِ . ويجوزُ أن تكونَ العِينَةُ اسْمًا لهذه المَسْأَلَةِ ولِلْبَيْعِ بِنَسِيئَةٍ جَمِيعًا ، لكنَّ البَيْعَ بِنَسِيئَةٍ ليس بمُحَرَّمٍ اتِّفاقًا ، ولا يُكْرَهُ ، إلَّا أن

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥) نسبه ابن منظور فى اللسان (د ى ن) إلى شمر .

(٦) فى اللسان : « هزت مضاربه » . وندان : نأخذ دَيْنا .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) فى : باب فى النهى عن العينة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٤٦ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٤٢ ، ٨٤ .

لا يكونَ له تِجارَةٌ غيره .

فصل : وإن باعَ سِلْعَةً بنَقْدٍ ، ثم اشْتَرَاها بأكْثَرَ منه نَسِيئَةً ، فقال أحمدُ ، فى رِوايَةِ حَرْبٍ : لا يجوزُ ذلك ، إلَّا أن يُغَيِّرَ السِّلْعَةَ ؛ لأنَّ ذلك يَتَّخِذُه وَسِيلَةً إلى الرِّبَا ، فأشْبَه مَسْأَلَةَ العِينَةِ . فإن اشْتَرَاها بنَقْدٍ آخَرَ ، أو بسِلْعَةٍ أخرَى ، أو بأقَلَّ من ثَمَنِها نَسِيئَةً ، جَازَ ؛ لما ذَكَرْناهُ فى / مَسْأَلَةِ العِينَةِ . ويحتَمِلُ أن يجوزَ له شِراؤُها بِجِنْسِ الثَّمَنِ بأكْثَرَ منه ، إلَّا أن يكونَ ذلك عن مُواطَأةٍ ، أو حِيلَةٍ ، فلا يجوزُ . وإن وَقَعَ ذلك اتِّفَاقًا من غيرِ قَصْدٍ ، جَازَ ؛ لأنَّ الأصْلَ حِلُّ البَيْعِ ، وإنَّما حُرِّمَ فى مسأَلَةِ العِينَةِ بالأثَرِ الوارِدِ فيه ، وليس هذا فى مَعْناه ، ولأنَّ التَّوَسُّلَ بذلك أكْثَرُ ، فلا يُلْحَقُ[9] به ما دُونَه . واللهُ أعلمُ .

٢/٥ ب

فصل : وفى كلِّ مَوْضِعٍ قُلْنا : لا يجوزُ له أن يَشْتَرِىَ . لا يجوزُ ذلك لِوَكِيلِه ؛ لأنَّه قائِمٌ مَقامَهُ ، ويجوزُ لغيرِه من الناسِ ، سواءٌ كان أباه ، أو ابْنَه ، أو غيرَهما ؛ لأنَّه غيرُ البائِعِ ويَشْتَرِى لِنَفْسِه ، فأشْبَهَ الأجْنَبِىَّ .

فصل : ومن باعَ طَعَامًا إلى أجَلٍ ، فَلَمَّا حَلَّ الأجَلُ أخَذَ منه بالثَّمَنِ الذى فى ذِمَّتِهِ طَعَامًا قبلَ قَبْضِه ، لم يَجُزْ . رُوِىَ ذلك عن ابنِ عمرَ ، وسعيدِ بن المُسَيَّبِ ، وطاوسٍ ، وبه قال مالِكٌ ، وإسْحاقُ . وأجَازَهُ جابرُ بنُ زيدٍ ، وسَعِيدُ بن جُبَيْرٍ ، وعلىُّ بنُ حسينٍ[10] ، والشَّافِعِىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأصْحَابُ الرَّأْى ، قال علىُّ بنُ حسينٍ : إذا لم يكنْ لك فى ذلك رَأْىٌ . ورُوِىَ عن محمدِ بن عبدِ اللهِ ابنِ أبى مَرْيَمَ ، أنه قال : بِعْتُ تَمْرًا من التَّمَّارِينَ ، كلَّ سَبْعَةِ آصُعٍ بدرهمٍ ، ثم وَجَدْتُ عند رَجُلٍ منهم تَمْرًا يَبِيعُه أرْبَعَةَ آصُعٍ بدرهمٍ ، فاشْتَرَيْتُ منه ، فسَأَلْتُ عِكْرِمَةَ عن ذلك؟ فقال : لَا بَأْسَ ، أخَذْتَ أنْقَصَ مِمَّا بِعْتَ . ثم سَأَلْتُ سعيدَ بنَ المُسَيَّبِ عن ذلك ، وأخْبَرْتُه

---

(٩) فى م : « يلتحق » .

(١٠) يعنى على بن الحسين بن على بن أبى طالب ، زين العابدين ، روى عن أبيه وعمه الحسن ، وأرسل عن جده ﷺ . تهذيب التهذيب ٧/٣٠٥ – ٣٠٧ .

بقولِ عِكْرِمَةَ ، فقال : كَذَبَ ، قال[11] عبدُ اللهِ بنُ عَبَّاسٍ : ما بِعْتَ من شىءٍ مِمَّا يُكالُ بِمِكْيالٍ ، فلا تَأْخُذْ منه شيْئًا مِمَّا يُكَالُ بِمِكْيالٍ ، إِلَّا وَرِقًا أو ذَهَبًا ، فإذا أخَذْتَ وَرِقَكَ ، فَابْتَعْ مِمَّن شِئْتَ منه ، أو مِن غيرِه . فَرَجَعْتُ ، فإذا عِكْرِمَةُ قد طَلَبَنِى ، فقال : الذى قلتُ لك هو حَلالٌ هو حَرامٌ . فقلتُ لسعيدِ بنِ المُسَيَّبِ : إن فَضَلَ لى عندَه فَضْلٌ ؟ قال : فأَعْطِه أنت الكَسْرَ ، وخُذْ منه الدِّرهَمَ . ووجهُ ذلك ، أنَّه ذَرِيعَةٌ إلى بَيْعِ الطَّعَامِ بالطَّعَامِ نَسِيئَةً ، فحَرُمَ ، كمَسْأَلَةِ العِينَةِ ، فعلى هذا ، كُلُّ شَيْئَينِ حَرُمَ النَّساءُ فيهما ، لا يجوزُ أن يُؤْخَذَ أحدُهما عِوَضًا عن الآخَرِ قبلَ قَبْضِ ثَمَنِه ، إذا كان البَيْعُ نَساءً . نَصَّ أحمدُ على ما يَدُلُّ على هذا . وكذلك قال سَعِيدُ ابن المُسَيَّبِ / ، فيما حَكَيْنا عنه . والذى يَقْوَى عندى جَوازُ ذلك إذا لم يَفْعَلْه حِيلَةً ، ولا قَصَدَ ذلك فى ابْتِداءِ العَقْدِ ، كما قال علىُّ بن الحسينِ ، فيما يُرْوِى عنه عبدُ اللهِ ابن زَيْدٍ قال : قَدِمْتُ على علىِّ بنِ الحسينِ ، فقلتُ له : إنِّى أجُذُّ نخلِى ، وأبِيعُ مِمَّن حَضَرَنِى التَّمْرَ إلى أجلٍ ، فيَقْدَمُونَ بالحِنْطَةِ ، وقد حَلَّ ذلك الأجَلُ ، فيُوقِفُونَها بالسُّوقِ ، فأَبْتاعُ منهم وأُقَاصُّهُم . قال : لا بَأْسَ بذلك ، إذا لم يكُنْ منك على رَأْيٍ . وذلك لأنَّه اشْتَرَى الطَّعامَ بالدراهمِ التى فى الذِّمَّةِ بعد انْبِرَامِ[12] العَقْدِ أوَّلَ لُزُومِه ، فصَحَّ ، كما لو كان المَبِيعُ الأولُ حَيَوانًا أو ثِيَابًا ، ولِمَا ذَكَرْنا فى الفَصْلِ الذى قبلَ هذا ، فإنَّه لم يَأْخُذْ بالثَّمنِ طَعَامًا ، ولكن اشْتَرَى من المُشْتَرِى طَعَامًا بِدَراهِمَ ، وسَلَّمَها إليه ، ثم أخَذَها منه وَفاءً ، أو لم يُسَلِّمْها إليه ، لكن قَاصَّهُ بها ، كما فى حَدِيثِ علىِّ بنِ الحسينِ .

٣/٥ و

٧٥٠ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ بَاعَ حَيَوانًا ، أَوْ غَيْرَهُ بِالْبَرَاءَةِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ ، لَمْ يَبْرَأْ ، سَوَاءٌ عَلِمَ بِهِ البَائِعُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ)

اخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عن أحمدَ فى البَرَاءَةِ من العُيُوبِ ، فرُوِىَ عنه : أنَّه لا يَبْرَأُ ، إلَّا

---

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) فى م : « انبرامه » .

أن يَعْلَمَ المُشْتَرِى بالعَيْبِ . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ . وقال إبراهيمُ ، والحَكَمُ ، وحَمَّادٌ : لا يَبْرَأُ إلَّا مِمَّا سَمَّى . وقال شُرَيْحٌ : لا يَبْرَأُ إلَّا مِمَّا أراهُ أو وَضَعَ[13] يَدَهُ عليه . ورُوِىَ نحوُ ذلك عن عطاءٍ ، والحسنِ ، وإسْحاقَ ؛ لأنَّه مُرْفَقٌ فى البَيْعِ ، لا يَثْبُتُ إلَّا بالشَّرْطِ ، فلا يَثْبُتُ مع الجَهْلِ ، كالخِيارِ . والرواية الثانية : أنَّه يَبْرأُ من كلِّ عَيْبٍ لم يَعْلَمْهُ ، ولا يَبْرَأُ من عَيْبٍ عَلِمَهُ . ويُرْوَى ذلك عن عثمانَ ، ونحوُه عن زيدِ بنِ ثابتٍ . وهو قولُ مالكٍ . وقولُ الشَّافِعِىِّ فى الحَيَوانِ خاصَّةً ؛ لما رُوِىَ أنَّ عبدَ اللهِ ابنَ عمرَ باعَ زيدَ بنَ ثابتٍ عَبْدًا بِشَرْطِ البَراءَةِ من العَيْبِ ، بثمانِمائة دِرْهَمٍ ، فأصابَ به زَيْدٌ عَيْبًا ، فأرادَ رَدَّهُ على ابنِ عمرَ ، فلم يَقْبَلْهُ ، فتَرافعا إلى عثمانَ ، فقال عُثْمانُ لابنِ عمرَ : تَحْلِفُ أنَّكَ لم تَعْلَمْ بهذا العَيْبِ ؟ فقال : لا . فَرَدَّهُ عليه ، فباعَه ابنُ عمرَ بألْفِ دِرْهَمٍ . وهذه قَضِيَّةٌ اشْتهرَتْ ، فلم تُنْكَرْ ، فكانَتْ إجْمَاعًا . ورُوِىَ عن أحمدَ أنَّه أجازَ البَراءَةَ من المجهولِ ، فيُخَرَّجُ من هذا صِحَّةُ البَراءَةِ من كلِّ عَيْبٍ . ورُوِىَ هذا عن ابنِ عمرَ . وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْى ، وقولُ الشَّافِعِىِّ ؛ / لما رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، أنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا فى مَوارِيثَ دَرَسَتْ إلى رسولِ الله ﷺ ، فقال رَسولُ الله ﷺ : « اسْتَهِمَا ، وتَوَخَّيَا ، ولْيَحْلِلْ كُلُّ واحِدٍ مِنْكُما صاحِبَه »[14] فدَلَّ هذا على أنَّ البَراءَةَ من المَجْهُولِ جائِزَةٌ ، ولأنَّه إسْقاطُ حَقٍّ لا تَسْلِيمَ فيه ، فصَحَّ من المَجْهُولِ ، كالعَتَاقِ والطَّلاقِ ، ولا فَرْقَ بين الحَيَوانِ وغيرِه ، فما ثَبَتَ فى أحَدِهِما ثَبَتَ فى الآخرِ ، وقولُ عثمانَ قد خالَفَه ابنُ عُمَرَ ، وقولُ الصَّحابِىِّ المُخالِفِ لا يَبْقَى حُجَّةً .

7 — 3/5 ظ

فصل : فإن قُلْنا : لا يَصِحُّ شَرْطُ البراءةِ من العُيُوبِ . فشَرْطُه لم يُفْسِدِ البَيْعَ فى ظَاهِرِ المَذْهَبِ . وهو وَجْهٌ لأصْحَابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ ابنَ عمرَ بَاعَ بِشَرْطِ البَراءَةِ ، فأجْمَعُوا على صِحَّتِه ، ولم يُنْكِرْه مُنْكِرٌ . فعلى هذا لا يُمْنَعُ الرَّدُّ بوُجودِ الشَّرْطِ ،

---

(13) فى النسخ : « واضع » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

(14) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى قضاء القاضى إذا أخطأ ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود 2/271 . والإمام أحمد ، فى : المسند 6/320 .

ويكونُ وُجُودُه كعَدَمِه . وعن أحمدَ فى الشُّروطِ الفَاسِدَةِ رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، أنَّها تُفْسِدُ العَقْدَ ، فيَدْخُلُ فيها هذا البَيْعُ ؛ لأنَّ البائِعَ إنَّما رَضِىَ بهذا الثَّمَنِ عِوَضًا عنه بهذا الشَّرْطِ ، فإذا فَسَدَ الشَّرْطُ فاتَ الرِّضَى به ، فَيَفْسُدُ البَيْعُ ؛ لِعَدَمِ التَّراضِى به .

٧٥١ ـ مسألة ؛ قال : (وَمَن بَاعَ شَيْئًا مُرَابَحَةً ، فعَلِمَ أنَّهُ زَادَ[١] فى رَأْسِ مَالِهِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِالزِّيَادَةِ ، وحَطَّهَا مِنَ الرِّبْحِ)

معنى بَيْعِ المُرَابَحَةِ ، هو البَيْعُ بِرَأْسِ المالِ ورِبْحٍ مَعْلُومٍ ، ويُشْتَرطُ عِلْمُهُما بِرَأْسِ المالِ ، فيقول : رأسُ مالِى فيه ، أو هو عَلَىَّ بمائةٍ بِعْتُكَ بها ، ورِبْحُ عشرةٍ ، فهذا جائِزٌ لا خِلَافَ فى صِحَّتِه ، ولا نَعْلَمُ فيه عندَ أحَدٍ كَرَاهةً . وإن قال : بِعْتُكَ بِرَأْسِ مالِى فيه وهو مائة ، وأَرْبَحُ فى كلِّ عشرةٍ درهمًا ، أو قال : [٢]ده يازده . أو ده داوزده[٢] . فقد كَرِهَهُ أحمدُ . وقد رُوِيَتْ كَراهَتُه عن ابنِ عمرَ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، ومَسْرُوقٍ ، والحسنِ ، وعِكْرِمَةَ ، وسَعِيدِ بنِ جُبَيْرٍ ، وعَطاءِ بنِ يَسارٍ . وقال إسْحاقُ : لا يجوزُ . لأنَّ الثمنَ مَجْهُولٌ حالَ العَقْدِ ، فلم يَجُزْ ، كما لو بَاعَهُ بما يَخْرُجُ به فى الحِسابِ . ورَخَّصَ فيه سَعِيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وابنُ سِيرِينَ ، وشُرَيْحٌ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، وابنُ المُنْذِرِ . ولأنَّ رَأْسَ المالِ مَعْلُومٌ ، والرِّبْحَ مَعْلُومٌ ، فأشْبَهَ ما لو قال : ورِبْحُ عَشَرةِ دراهمَ . وَوَجْهُ الكَرَاهَةِ / أنَّ ابنَ عمرَ وابنَ عَبَّاسٍ كَرِهَاه ، ولم نَعْلَمْ لهما فى الصَّحابَةِ مُخَالِفًا ، ولأنَّ فيه نَوْعًا من الجَهَالةِ ، والتَّحَرُّزُ عنها أولَى . وهذه كَرَاهَةُ تَنْزِيهٍ ، والبَيْعُ صَحِيحٌ ؛ لما ذَكَرْنا ، والجَهَالَةُ يمكنُ إزَالَتُها بالحِسابِ ، فلم تَضُرَّ ، كما لو بَاعَهُ صُبْرَةً كلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ ، وأمَّا ما يَخْرُجُ به فى الحِسَابِ ، فمَجْهُولٌ فى الجملةِ والتَّفْصِيلِ . إذا ثَبَتَ هذا عُدْنَا إلى مَسْأَلَةِ الكِتابِ ، فنقول : متى بَاعَ شَيْئًا بِرَأْسِ مالِه ، ورِبْحِ عشرةٍ ،

٤/٥ و

---

(١) فى م : « واد » . تحريف .

(٢ – ٢) فارسى ، بمعنى ما تقدم .

ثم عَلِمَ بِتَنْبِيهٍ أو إقْرَارٍ أنَّ رَأْسَ مالِه تسعونَ ، فالبَيْعُ صَحِيحٌ ؛ لأنَّه زِيَادَةٌ فى الثمَنِ ، فلم يَمْنَعْ صِحَّةَ العَقْدِ ، كالعَيْبِ ، ولِلْمُشْتَرِى الرُّجُوعُ على البائِعِ بما زَادَ فى رَأْسِ المالِ ، وهو عشرةٌ ، وحَطُّهَا من الرِّبْحِ ، وهو دِرْهَمٌ ، فيَبْقَى على المُشْتَرِى بِتسعةٍ وتسعينَ دِرْهَمًا . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى . وهو أحدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ . وقال أبو حنيفةَ : هو مُخَيَّرٌ بين الأَخْذِ بكلِّ الثَّمَنِ ، أو يَتْرُكُ ، قِيَاسًا على المَعِيبِ . ولَنا ، أنَّه بَاعَهُ بِرَأْسِ مالِه[3] وما قَدَّرَهُ من الرِّبْحِ ، فإذا بَانَ رأسُ مَالِه قَدْرًا مَبِيعًا به وبالزِّيَادَةِ التى اتَّفَقَا عليها ، والمَعِيبُ كذلك عندَنا ، فإنَّ له أَخْذَ الأَرْشِ ، ثم المَعِيبُ لم يَرْضَ به ، إلَّا بالثَّمَنِ المَذْكُورِ ، وهٰهُنا رَضِىَ فيه بِرَأْسِ المالِ والرِّبْحِ المُقَرَّرِ . وهل لِلْمُشْتَرِى خِيَارٌ ؟ فالمَنْصُوصُ عن أحمدَ أنَّ المُشْتَرِىَ مُخَيَّرٌ بين أَخْذِ المَبِيعِ بِرَأْسِ مالِه وحِصَّتِه من الرِّبْحِ ، وبين تَرْكِه . نَقَلَهُ حَنْبَلٌ . وحُكِىَ ذلك قَوْلًا للشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ لا يَأْمَنُ الجِنَايَةَ فى هذا الثَّمَنِ أيضًا ، ولأنَّه ربَّما كان له غَرَضٌ فى الشِّرَاءِ بذلك الثَّمَنِ بِعَيْنِه ؛ لِكَوْنِه حَالِفًا ، أو وَكِيلًا ، أو غيرَ ذلك . وظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّه لا خِيَارَ له ؛ لأنَّه لم يَذْكُرْه . وحُكِىَ ذلك قَوْلًا للشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه رَضِيَه بمائةٍ وعشرةٍ ، فإذا حَصَلَ له بتسعةٍ وتسعينَ ، فقد زَادَهُ خَيْرًا ، فلم يكن له خِيَارٌ ، كما لو اشْتَرَاهُ على أنَّه مَعِيبٌ ، فبَانَ صَحِيحًا ، أو أُمِّىٌّ ، فبَانَ صَانِعًا أو كاتِبًا ، أو وُكِّلَ فى شِرَاءِ مُعَيَّنٍ بمائةٍ ، فاشْتَرَاهُ بتسعينَ . وأمَّا البائِعُ ، فلا خِيَارَ له ؛ لأنَّه بَاعَهُ بِرَأْسِ مالِه وحِصَّتِه من الرِّبْحِ ، وقد حَصَلَ له ذلك .

فصل : وإذا أَرَادَ الإِخْبارَ بثَمَنِ السِّلْعَةِ ، فإن كانَتْ / بحَالِها ، لم تَتَغَيَّرْ ، أَخْبَرَ بِثَمَنِها ، وإن حَطَّ البائِعُ بعضَ الثَّمَنِ عن المُشْتَرِى ، أو اسْتَزَادَهُ[4] بعدَ لُزُومِ العَقْدِ ، لم يُجْزِئْهُ ، ويُخْبِرُ بالثمنِ الأَوَّلِ ، لا غيرُ . ولأنَّ ذلك هِبَةٌ من أحدِهما للآخَرِ ، لا يَكونُ عِوَضًا . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَلْحَقُ بالعَقْدِ ، ويُخْبِرُ به

٤/٥ ظ

(٣) فى م : « المال » .

(٤) فى م : « اشتراه » .

فى المُرابَحَةِ ، وهذه مَسْأَلَةٌ يأتى ذِكْرُها إن شاء اللهُ تعالى . وإن كان ذلك فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، لَحِقَ بالعَقْدِ ، وأَخْبَرَ به فى الثَّمَنِ . وبه قال الشَّافِعِىُّ وأبو حنيفةَ ، ولا أَعْلَمُ عن غيرِهم خِلَافَهُم . فإنْ تَغَيَّرَ سِعْرُها دُونَها ، فإن غَلَتْ ، لم يَلْزَمْه الإخْبارُ بذلك ؛ لأنَّه زِيَادَةٌ فيها ، وإن رَخُصَتْ ، فنَصَّ أحْمَدُ على أنَّه لا يَلْزَمُه الإخْبَارُ بذلك ؛ لأنَّه صَادِقٌ بدونِ الإخْبَارِ به . ويحتَمِلُ أن يَلْزَمَه الإخْبَارُ بالحالِ ؛ فإنَّ المُشْتَرِىَ لو عَلِمَ ذلك ، لم يَرْضَها بذلك الثَّمَنِ ، فكِتْمانُه تَغْرِيرٌ به . فإن أخْبرَ بدونِ ثَمَنِها ، و لم يَتَبَيَّنِ الحالَ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه يَجْمَعُ بينَ الكَذِبِ والتَّغْرِيرِ .

فصل : فأما إنْ تَغَيَّرتِ السِّلْعَةُ فذلك على ضَرْبَيْنِ :

أَحَدِهما ، أن تَتَغَيَّرَ بزِيَادَةٍ ، وهى نَوْعانِ ؛ أحدُهما ، أن تَزِيدَ لِنَمائِها ، كالسِّمَنِ ، وتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ ، أو يَحْصُلَ منها نَماءٌ مُنْفَصِلٌ ، كالوَلَدِ والثَّمرَةِ ، والكَسْبِ ، فهذا إذا أرادَ أن يَبِيعَها مُرَابَحَةً ، أخْبَرَ بالثَّمنِ من غيرِ زِيادَةٍ ؛ لأنَّه القَدْرُ الذى اشْتَرَاها به . وإن أخَذَ النَّماءَ المُنْفَصِلَ ، أو اسْتَخْدَمَ الأَمَةَ ، أو وَطِئَ الثَّيِّبَ ، أخْبَرَ بِرأْسِ المالِ ، و لم يَلْزَمْه تَبْيِينُ الحالِ . ورَوَى ابنُ المُنْذِرِ ، عن أحمدَ ، أنَّه يَلْزَمُه تَبْيِينُ ذلك كلِّه . وهو قولُ إسْحاقَ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ فى الغَلَّةِ يَأْخُذُها : لا بَأْسَ أن يَبِيعَ مُرَابَحَةً ، وفى الوَلَدِ والثَّمـرةِ لا يَبِيعُ مُرابَحَةً حتى يُبَيِّنَ ، ولأنَّه من مُوجِبِ العَقْدِ . ولَنا ، أنَّه صادِقٌ فيما أخْبَرَ به من غيرِ تَغْرِيرٍ بالمُشْتَرِى ، فجازَ ، كما لو لم يَزِدْ ، ولأنَّ الوَلَدَ والثمرةَ نَماءٌ مُنْفَصِلٌ ، فلم يَمْنَعْ من بَيْعِ المُرابَحَةِ بدون ذِكْرِه ، كالغَلَّةِ . وقد بَيَّنَّا من قبلُ أنَّه ليس من مُوجِبَاتِ العَقْدِ . النَّوعُ الثانى ، أن يَعْمَلَ فيها عَمَلًا ، مثلَ أنْ يَقْصُرَها ، أو يَرْفُوَها ، أو يُجَمِّلَها[5] أو يَخِيطَها ، فهذه متى أرادَ أن يَبِيعَها مُرَابَحَةً أخْبَرَ بالحالِ على وَجْهِه ، سواءٌ عَمِلَ ذلك بِنَفْسِه أو اسْتَأْجَرَ مَنْ عَمِلَه . / هذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ؛ فإنَّه قال : يُبَيِّنُ ما اشْتَرَاهُ وما لَزِمَهُ ، ولا يجوزُ ٥/٥ و

(٥) فى الأصل : « يحملها » . وفى م : « يجعلها » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

أن يقولَ : تَحَصَّلَتْ عليَّ بكذا . وبه قال الحسنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، وسَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، وطَاوُسٌ ، والنَّخَعِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ . ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ فيما اسْتَأْجَرَ عليه أن يَضُمَّ الأُجْرَةَ إلى الثَّمَنِ ، ويقولَ : تَحَصَّلَتْ عَلَيَّ بكذا . لأنَّه صادِقٌ . وبه قال الشَّعْبِيُّ ، والحَكَمُ ، والشَّافِعِيُّ . ولَنا ، أنه تَغْرِيرٌ بالمُشْتَرِى ، فإنَّه عَسَى أنْ لو عَلِمَ أنَّ بعضَ ما تَحَصَّلَتْ به لأجْلِ الصِّناعَةِ ، لا يرْغَبُ فيه ؛ لِعَدَمِ رَغْبَتِه فى ذلك ، فأَشْبَهَ ما يَنْقُصُ الحَيوانَ فى مُؤْنَتِه ، وكُسْوَتِه ، وعلى المُبْتَاعِ فى خَزْنِه .

الضَّرب الثانى ، أن يَتَغَيَّرَ بِنَقْصٍ ، كنَقْصِه بِمَرَضٍ ، أو جنايَةٍ عليه ، أو تَلَفِ بعضِه ، أو بوِلَادَةٍ ، أو عَيْبٍ ، أو يَأْخُذَ المُشْتَرِى بعضَه ، كالصُّوفِ واللَّبنِ المَوْجُودِ ونحوِه ، فإنَّه يُخْبِرُ بالحالِ على وَجْهِه ، لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا . وإن أخَذَ أَرْشَ العَيْبِ ، أو الجِنَايَةِ ، أخْبَرَ بذلك على وَجْهِه . ذَكَرَه القاضى . وقال أبو الخَطَّابِ : يَحُطُّ أَرْشَ العَيْبِ من الثَّمَنِ ، ويُخْبِرُ بالباقِى ، لأنَّ أَرْشَ العَيْبِ عِوَضُ ما فَاتَ به ، فكان ثَمنُ المَوْجُودِ هو ما بَقِىَ . وفى أرْشِ الجِنَايَةِ وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَحُطُّه من الثَّمَنِ ، كأَرْشِ العَيْبِ . والثانى ، لا يَحُطُّه كالنَّماءِ . وقال الشَّافِعِيُّ : يَحُطُّهُما من الثَّمَنِ ، ويقول : تَقَوَّمَ عَلَيَّ بكذا ؛ لأنَّه صادِقٌ فيما أخْبَرَ به ، فأشْبَه ما لو أخْبَرَ بالحالِ على وَجْهِه . ولَنا ، أنَّ الإِخْبارَ بالحالِ على وَجْهِه أبْلَغُ فى الصِّدْقِ ، وأقْرَبُ إلى البَيانِ ونَفْىِ التَّغْرِيرِ بالمُشْتَرِى والتَّدْلِيسِ عليه ، فلَزِمَهُ ذلك ، كما لو اشْتَرَى شَيْئَيْنِ بثَمَنٍ واحِدٍ ، وقَسَّطَ الثَّمَنَ عليهما . وقِياسُ أَرْشِ الجِنَايَةِ عليه على النَّماءِ والكَسْبِ غيرُ صَحِيحٍ ؛ لأنَّ الأَرْشَ عِوَضُ نَقْصِه الحاصِلِ بالجِنايَةِ عليه ، فهو بمَنْزِلَةِ ثَمَنِ جُزْءٍ منه باعَهُ ، وكقِيمَةِ أحدِ الثَّوْبَيْنِ إذا تَلِفَ أحَدُهما ، والنَّماءُ والكَسْبُ زِيَادَةٌ لم يَنْقُصْ بها المَبِيعُ ، ولا هى عِوَضٌ عن شىءٍ منه ، فَأَمَّا إن جَنَى المَبِيعُ ، ففَداه المُشْتَرِى ، لم يُلْحِقْ ذلك بالثَّمَنِ ، ولم يُخْبِرْ به فى المرابَحةِ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّ هذا الأَرْشَ لم يَزِدْ به المَبِيعُ قِيمَةً ولا ذَاتًا ، وإنَّما هو مُزِيلٌ لِنَقْصِه بالجِنايَةِ والعَيْبِ الحاصِلِ بتَعَلُّقِها بِرَقَبَتِه ، فأَشْبَه الدَّوَاءَ المُزِيلَ لِمَرَضِه الحادِثِ عندَ / المُشْتَرِى . فأمَّا الأدوِيَةُ ، والمُؤْنَةُ ، والكُسْوَةُ ، وعَمَلُه فى السِّلْعَةِ بِنَفْسِه ، أو عَمَلُ غيرِه له بغيرِ أُجْرَةٍ ، فإنَّه

٥/٥ ظ

لا يُخْبِرُ بذلك فى الثَّمَنِ، وَجْها واحِدًا ، وإن أَخْبَرَ بالحالِ على وَجْهِه ، فحَسَنٌ .

فصل : وإن اشْتَرَى شَيْئَيْنِ صَفْقَةً واحِدَةً ، ثم أرادَ بَيْعَ أَحَدِهما مُرابَحَةً ، أو اشْتَرَى اثْنانِ شَيْئًا ، فتَقاسَماه ، وأرادَ أحَدُهما بَيْعَ نَصِيبِه مُرابَحَةً ، بالثَّمَنِ الذى أدَّاه فيه ، فذلك قِسْمانِ :

أحدُهما ، أنْ يكونَ المَبِيعُ[5] من المُتَقَوَّماتِ التى لا يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عليها بالأجْزاءِ ، كالثِّيابِ والحَيوانِ والشَّجَرَةِ المُثْمِرَةِ ، وأشْباهِ هذا ، فهذا لا يجوزُ بَيْعُ بعضِه مُرابَحَةً ، حتى يُخْبِرَ بالحال على وَجْهِه . نَصَّ عليه أحمدُ . فقال : كلُّ بَيْعٍ اشْتَراه جَماعَةٌ ، ثم اقْتَسَمُوه ، لا يَبِيعُ أحَدُهُم مُرابَحَةً ، إلَّا أنْ يقول : اشْتَرَيْناه جماعَةً ، ثم اقْتَسَمْناهُ . وهذا مذهبُ الثَّوْرِىِّ ، وإسْحاقَ ، وأصْحابِ الرَّأْى . وقال الشَّافِعِىُّ : يجوزُ بَيْعُه بحِصَّتِه من الثَّمَنِ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ يَنْقَسِمُ على المَبِيعِ على قَدْرِ قِيمَتِه ؛ بِدَلِيلِ ما لو كان المَبِيعُ شِقْصًا وسَيْفًا ، أخَذَ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ[6] بحِصَّتِه من الثَّمَنِ . ولو اشْتَرَى شَيْئَيْنِ ، فوَجَدَ أحَدَهما مَعِيبًا ، رَدَّه بحِصَّتِه من الثَّمَنِ . وذَكَرَ ابنُ أبى موسى ، فيما اشْتَراه اثنانِ فتَقاسَماه رِوايَةً أخرى عن أحمدَ ، أنَّه يجوزُ بَيْعُه مُرابَحةً بما اشْتَراه ؛ لأنَّ ذلك ثَمَنُه ، فهو صادِقٌ فيما أخْبَرَ به . ولنا ، أنَّ قِسْمَةَ الثَّمَنِ على المَبِيعِ طَرِيقُهُ الظَّنُّ والتَّخْمِينُ ، واحْتِمالُ الخَطَأِ فيه كَثِيرٌ ، وبَيْعُ المُرابَحَةِ أمانَةٌ ، فلم يَجُزْ هذا فيه ، فصارَ هذا كالخَرْصِ الحاصِلِ بالظَّنِّ ، لا يجوزُ أنْ يُباعَ به ما يَجِبُ التَّماثُلُ فيه ، وإنَّما أخَذَ الشَّفِيعُ بالقِيمَةِ للحاجَةِ الدَّاعِيَةِ إليه ، وكونِه لا طَرِيقَ له سِوَى التَّقْوِيمِ ، ولأنَّه لو لم يَأْخُذْ بالشُّفْعَةِ لاتَّخَذَه النَّاسُ طَرِيقًا لإسْقاطِها ، فيُؤَدِّى إلى تَفْوِيتِها بالكُلِّيَةِ ، وهٰهُنا له طَرِيقٌ ، وهو الإخْبارُ بالحالِ على وَجْهِه ، أو بَيْعُه مُساوَمةً .

---

(٥) فى م : « البيع » .

(٦) فى م : « المشقص » .

القسم الثانى ، أنْ يكونَ المَبِيعُ من المُتماثِلاتِ التى يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عليها بالأجْزاءِ ، كالبُرِّ والشَّعِيرِ المُتَساوِى ، فيَجُوزُ بَيْعُ بعضِه مُرابحةً بقِسْطِه من الثَّمَنِ . وبهذا قال أبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأى . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّ ثَمَنَ الجُزْءِ مَعْلُومٌ يَقِينًا ، ولذلك جازَ بَيْعُ قَفِيزٍ من الصُّبْرَةِ . وإنْ أسْلَم فى ثَوْبَيْنِ بصِفَةٍ واحدةٍ ، فأخَذَهما / على الصِّفَةِ ، وأرادَ بَيْعَ أحَدِهما مُرابَحةً بحِصَّتِه من الثَّمَنِ ، فالقِياسُ جَوازُه ؛ لأنَّ الثَّمَنَ يَنْقَسِمُ عليهما نِصْفَيْنِ ، لا باعْتِبارِ القِيمَةِ . وكذلك لو أقالَه فى أحَدِهما ، أو تَعَذَّرَ تَسْلِيمُه ، كان له نِصْفُ الثَّمَنِ ، من غير اعْتِبارِ قِيمَةِ المَأْخُوذِ منهما ، فكأنَّه أخَذَ كلَّ واحِدٍ منهما مُنْفَرِدًا . ولأنَّ الثَّمَنَ وَقَعَ عليهما مُتَساوِيًا لِتَساوِى صِفَتِهما فى الذِّمَّةِ ، فهما كَقَفِيزَيْنِ من صُبْرَةٍ . وإنْ حَصَلَ فى أحَدِهما زِيادةٌ على الصِّفَةِ ، جَرَتْ مَجْرَى الحادِثِ بعد البَيْعِ . ٦/٥ و

فصل : وإن اشْتَرَى شَيْئًا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ ، لم يَجُزْ بَيْعُه مُرابَحةً ، حتى يُبَيِّنَ ذلك . وإن اشْتَراه من أبِيه ، أو ابْنِه ، أو مِمَّن لا تُقْبَلُ شَهادَتُه له ، لم يَجُزْ بَيْعُه مُرابَحةً ، حتى يُبَيِّنَ أمْرَه . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشَّافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يجوزُ من غير بَيانٍ ؛ لأنَّه أخْبَرَ بما اشْتَراه عَقْدًا صَحِيحًا ، فأشْبَهَ ما لو اشْتَراه من أجْنَبِىٍّ . ولَنا ، أنَّه مُتَّهَمٌ فى الشِّراءِ منهم ؛ لكَوْنِه يُحابِيهِم ، ويَسْمَحُ لهم ، فلم يَجُزْ أن يُخْبِرَ بما اشْتَراه منهم مُطْلَقًا ، كما لو اشْتَرَى من مُكاتَبِه ، وفارَقَ الأجْنَبِىَّ ؛ فإنَّه لا يُتَّهَمُ فى حَقِّه . وقِياسُهُم يَبْطُلُ بالشِّراءِ من مُكاتَبِه ؛ فإنَّه لا يَجوزُ له بَيْعُ ما اشْتَراه من مُكاتَبِه مُرابَحةً ، حتى يُبَيِّنَ أمْرَه ، ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . وإن اشْتَراه من غُلامِ دُكَّانِه الحُرِّ ، فقال القاضِى : إذا باعَه سِلْعةً ، ثم اشْتَراها منه بأكْثَرَ من ذلك ، لم يَجُزْ بَيْعُه مُرابَحةً حتى يُبَيِّنَ (٧أمْرَه ، ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا٧) . ولأنَّه مُتَّهَمٌ فى حَقِّه ، فأشْبَه من لا تُقْبَلُ شَهادَتُه له . وقال أبو الخَطَّابِ : إنْ فَعَلَ ذلك حِيلَةً ، لم يَجُزْ .

(٧ – ٧) سقط من : الأصل .

وظاهِرُه الجَوازُ إذا لم يكُنْ حِيلَةً . وهذا أصَحُّ ؛ لأنَّه أجْنَبِيٌّ ، لكنْ لا يَخْتَصُّ هذا بِغُلامِ دُكَّانِه ، بل متى فَعَلَ هذا على وجه الحِيلَةِ لم يَجُزْ ، وكان حَرامًا وتَدْلِيسًا ، على ما ذَكَرْنا من قبلُ .

فصل : فإن اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشَرَةٍ ، ثم باعَه بِخَمْسَةَ عَشَرَ ، ثم اشْتَراه بِعَشَرَةٍ ، اسْتُحِبَّ أنْ يُخْبِرَ بالحالِ على وَجْهِه ، فإنْ اخْبَرَ أنَّه اشْتَراه بِعَشَرَةٍ ، ولم يُبَيِّنْ ، جازَ . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ ، وأبي يوسُفَ ، ومحمدٍ ؛ لأنَّه صادِقٌ فيما أخْبَرَ به ، وليس فيه تُهْمَةٌ ، ولا تَغْرِيرٌ بالمُشْتَرِى . فأشْبه ما لو لم يَرْبَحْ فيه . ورُوِىَ عن ابن سِيرِينَ ، أنَّه يَطْرَحُ الرِّبْحَ من الثَّمَنِ ، ويُخْبِرُ أنَّ رَأْسَ مالِه عليه خَمْسَةٌ . وأعْجَبَ أحمدَ قولُ ابن سِيرِينَ ، قال : فإنْ باعه على ما / اشْتَراهُ ، يُبَيِّنُ أمْرَه . يعنى يُخْبِرُ أنَّه رَبِحَ فيه مَرَّةً ، ثم اشْتَراه . وهذا مَحْمُولٌ على الاسْتِحْبابِ ؛ لما ذَكَرْناه . وقال أبو حنيفةَ : لا يجوزُ بَيْعُه مُرابَحَةً ، إلَّا أنْ يُبَيِّنَ أمْرَه ، (8أو يُخْبِرَ 8) أنَّ رَأْسَ مالِه عليه خَمْسَةٌ . وهذا قولُ القاضِى وأصْحابِه ؛ لأنَّ المُرابَحَةَ تُضَمُّ فيها العُقُودُ ، فيُخْبِرُ بما تَقَوَّمَ عليه ، كما تُضَمُّ أُجْرَةُ الخَيَّاطِ والقَصَّارِ . وقد اسْتَفادَ[9] بهذا العَقْدِ الثانى تَقْرِيرَ الرِّبْحِ فى العَقْدِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه أمِنَ أن يُرَدَّه عليه ، ولأنَّ الرِّبْحَ أحَدُ نَوْعَىِ النَّماءِ ، فوَجَبَ أنْ يُخْبِرَ به فى المُرابَحَةِ ، كالوَلَدِ والثَّمَرَةِ . فعلى هذا يَنْبَغِى أنَّه إذا طَرَحَ الرِّبْحَ من الثَّمَنِ الثانى يقول : تَقَوَّمَ عَلَىَّ بِخَمْسَةٍ . ولا يجوزُ أنْ يقولَ : اشْتَرَيْتُه بِخَمْسَةٍ . لأنَّ ذلك كَذِبٌ ، والكَذِبُ حَرَامٌ ، ويَصِيرُ كما لو ضَمَّ أُجْرَةَ القِصارَةِ والخِياطَةِ إلى الثَّمَنِ ، وأخْبَرَ به . ولَنا ، ما ذَكَرْناه فيما تَقَدَّمَ . وما ذَكَرُوه من ضَمِّ القصارَةِ والخِياطَةِ والوَلَدِ والثَّمَرَةِ فشىءٌ بَنَوْه على أصْلِهِمْ ، لا نُسَلِّمُه ، ثم لا يُشْبِه هذا ما ذَكَرَه ؛ لأنَّ المُؤْنَةَ والنَّماءَ لَزِماه فى هذا البَيْعِ الذى يَلِى المُرابَحَةَ ، وهذا الرِّبْحُ فى عَقْدٍ آخَرَ قبل هذا الشِّراءِ ، فأشْبَه الخَسارَةَ فيه . وأمَّا تَقْرِيرُ الرِّبْحِ ، فغيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ

٦/٥ ظ

(٨ - ٨) سقط من : الأصل .

(٩) فى الأصل : « استعاد » .

العَقْدَ الأوَّلَ قد لَزِمَ ، ولم يَظْهَر العَيْبُ ، ولم يَتَعَلَّقْ به حُكْمُه ، ثم قد ذَكَرْنا فى مثل هذه المَسْأَلَةِ أنَّ لِلْمُشْتَرِى أنْ يَرُدَّه على البائعِ إذا ظَهَرَ على عَيْبٍ قَدِيمٍ . وإذا لم يَلْزَمْه طَرْحُ النَّماءِ والغَلَّةِ ، فههُنا أوْلَى ، ويَجِىءُ على هذا القولِ ، أنَّه لو اشْتَراه بعَشَرَةٍ ، ثم باعَه بِعِشْرِينَ ، ثم اشْتَراه بعَشَرَةٍ ، فإنَّه يُخْبِرُ أنَّها حَصَلَتْ بغير شىءٍ . وإن اشْتَراها بِعَشَرَةٍ ثم باعَها بثلاثةَ عَشَرَ ، ثم اشْتَراها بِخَمْسَةٍ ، أخْبَرَ أنَّها تَقَوَّمَتْ عليه بِدِرْهَمَيْنِ . وإن اشْتَراها بِخَمْسَةَ عَشَرَ ، أخْبَرَ أنَّها تَقَوَّمَتْ عليه باثْنَى عَشَرَ . نَصَّ أحمدُ على نَظِيرِ هذا . وعلى هذا يَطْرَحُ الرِّبْحَ من الثَّمَنِ الثانى كَيْفَما كان ، فإنْ لم يَرْبَحْ ، ولكن اشْتَراها ثانيةً بِخَمْسَةٍ ، أخْبَرَ بها ؛ لأنَّها ثَمَنُ العَقْدِ الذى يَلِى المُرابَحَةَ . ولو خَسِرَ فيها ، مثلَ أنْ اشْتَراها بِخَمْسَةَ عَشَرَ ، ثم بَاعَها بِعَشَرَةٍ ، ثم اشْتَرَاها بأى ثَمَنٍ كان ، أخْبَرَ به . ولم يَجُزْ أنْ يَضُمَّ الخَسارَةَ إلى الثَّمَنِ الثانى ، فيُخْبَرَ به فى المُرَابَحَةِ ، بغير خِلافٍ نَعْلَمُه . وهذا يَدُلُّ على صِحَّةِ ما ذَكَرْنَاهُ ، واللهُ أعلمُ .

فصل : وكلُّ ما قُلْنا : / إنَّه يَلْزَمُه أنْ يُخْبِرَ به فى المُرابَحةِ ويُبَيِّنَه . فلم يَفْعَلْ ، فإنَّ البَيْعَ لا يَفْسُدُ به ، ويَثْبُتُ لِلْمُشْتَرِى الخِيارُ بين الأخْذِ به وبين الرَّدِّ ، إلَّا فى الخَبَرِ بِزِيادَةٍ على رَأْسِ مالِه ، على ما قَدَّمْناه من القولِ فيه . وإن اشْتَرَاهُ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ ، ولم يُبَيِّنْ أمْرَه ، فعن أحمدَ ، أنَّه مُخَيَّـرٌ بين أخْذِه بالثَّمَنِ الذى وَقَعَ عليه العَقْدُ حالًا وبين الفَسْخِ . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ البائِعَ لم يَرْضَ المُشْتَرِى ، وقد تكونُ ذِمَّتُه دُونَ ذِمَّةِ البائِعِ ، فلا يَلْزَمُه الرِّضَى بذلك . وحَكَى ابن المُنْذِرِ عن أحمدَ ، أنَّه إنْ كان المَبِيعُ قائِمًا ، كان له ذلك إلى الأجَلِ – يعنى وإنْ شاءَ فَسَخَ – وإنْ كان قد اسْتُهْلِكَ ، حَبَسَ المُشْتَرِى الثَّمَنَ بِقَدْرِ الأجَلِ . وهذا قولُ شُرَيْحٍ ؛ لأنَّه كذلك وَقَعَ على البائِعِ ، فيَجِبُ أنْ يكون لِلْمُشْتَرِى أخْذُه بذلك على صِفَتِه ، كما لو أخْبَرَ بزِيادَةٍ على الثَّمَنِ ، وكونُه لم يَرْضَ بِذِمَّةِ المُشْتَرِى لا يَمْنَعُ نُفُوذَ البَيْعِ بذلك ، كما أنَّه إذا أخْبَرَ بِزِيادَةٍ لم يَرْضَ بِبَيْعِه إلَّا بما أخْبَرَ به ، ولم يَلْتَفِتْ إلى رِضاهُ ، بل وَجَبَ الرُّجُوعُ إلى ما وَقَعَ به البَيْعُ الأوَّلُ . كذا هٰهُنا .

٥/٧ و

فصل : فإن ابْتاعَه بِدَنانِيرَ ،فأَخْبَرَ أنَّه اشْتَراه بِدَراهِمَ ، أو كان بالعَكْسِ ، أو اشْتَراه بِعَرْضٍ ، فأَخْبَرَ أنَّه اشْتَراه بِثَمَنٍ ، أو بِثَمَنٍ ، فأَخْبَرَ أنَّه اشْتَراه بِعَرْضٍ ، وأشْباه هذا ، فلِلْمُشْتَرِى الخِيارُ بين الفَسْخِ والرُّجُوعِ بالثَّمَنِ، وبين الرِّضَى به بالثَّمَنِ الذى تَبايَعا به ، كسائِرِ المَواضِعِ التى ثَبَتَ فيها ذلك .

فصل : وإن ابْتاعَ اثْنانِ ثَوْبًا بِعِشْرِينَ ، وبُـذِلَ لهما فيه اثْنانِ وعِشْرونَ ، فاشْتَرَى أَحَدُهما نَصِيبَ صاحِبِه فيه بذلك السِّعْرِ ، فإنَّه يُخْبِرُ فى المُرابَحَةِ بأَحَدَ وعِشْرِينَ . نَصَّ عليه أحمدُ . وهذا قولُ النَّخَعِىِّ. وقال الشَّعْبِىُّ : يَبِيعُه على اثْنَيْنِ وعِشْرِينَ ؛ لأنَّ ذلك الدِّرْهَمَ الذى كان أُعْطِيَه قد كان أَحْرَزَه . ثم رَجَعَ بعد ذلك إلى قول إبراهيمَ ، ولا نَعْلَمُ أحَدًا خالَفَ ذلك ؛ لأنَّه اشْتَرَى نِصْفَه الأَوَّل بعَشَرَةٍ ، ثم اشْتَرَى نِصْفَه الثانى بأَحَدَ عَشَرَ ، فصارَ مَجْمُوعُهما أَحَدًا وعِشْرِينَ .

فصل : قال أحمدُ : ولا بَأْسَ أنْ يَبِيعَ بالرَّقَمِ . ومعناه ، أنْ يقول : بِعْتُكَ هذا الثَّوْبَ بِرَقْمِه . وهو الثَّمَنُ المَكْتُوبُ عليه إذا كان مَعْلُومًا لهما حالَ العَقْدِ ، وهذا قول عامَّة الفُقَهاء ، وكَرِهَه / طاوُسٌ . ولَنا ، أنَّه بَيْعٌ بثَمَنٍ مَعْلُومٍ ، فأَشْبَهَ ما لو ذَكَرَ مِقْدارَه ، أو ما لو قال : بِعْتُكَ هذا بما اشْتَرَيْتُه به . وقد عَلِما قَدْرَه ، فإن لم يكُنْ مَعْلُومًا لهما ، أو لأحَدِهِما ، لم يَصِحّ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ مَجْهُولٌ . قال أحمدُ : والمُساوَمَةُ عندى أسْهَلُ من بَيْعِ المُرابَحَةِ ؛ وذلك لأنَّ بَيْعَ المُرابَحَةِ تَعْتَرِيه أمانَةٌ واسْتِرْسالٌ من المُشْتَرِى ، ويَحْتاجُ فيه إلى تَبْيِينِ الحال على وَجْهِهِ فى المَواضِعِ التى ذَكَرْناها ، ولا يُؤْمَنُ هَوَى النَّفْسِ فى نوع تَأْوِيلٍ أو غَلَطٍ ، فيكونُ على خَطَرٍ وغَرَرٍ ، وتَجَنُّبُ ذلك أسْلَمُ وأوْلَى .

٧/٥ ظ

فصل : وبَيْعُ التَّوْلِيَةِ : هو البَيْعُ بِمِثْلِ ثَمَنِه من غير نَقْصٍ ولا زِيادَةٍ . وحُكْمُه فى الإخْبارِ بِثَمَنِه ، وتَبْيِين ما يَلْزَمُه تَبْيِينُه ، حُكْمُ المُرابَحَةِ فى ذلك كلِّه ، ويَصِحُّ بِلَفْظِ البَيْعِ ، ولَفْظِ التَّوْلِيَةِ .

٧٥٢ ـ مسألة ؛ قال : (وإنْ أخْبَرَ بنُقْصَانٍ مِنْ رَأْسِ مَالِه ، كَانَ عَلَى المُشْتَرِى رَدُّه ، أَوْ إعْطَاؤُه مَا غَلِطَ بِهِ ، وَلَهُ أنْ يُحلِّفَهُ أنَّ وَقْتَ ما باعَهَا لَمْ يَعْلَمْ أنَّ شِرَاءَهَا بأكْثَرَ)

وجملةُ ذلك ، أنَّه إذا قال فى المُرابَحَةِ : رَأْسُ مالِى فيه مائةٌ ، وأَرْبَحُ عَشَرَةً . ثم عادَ فقال : غَلِطْتُ ، رَأْسُ مالِى فيه مائةٌ وعَشَرَةٌ . لم يُقْبَلْ قَوْلُه فى الغَلَطِ ، إلَّا بِبيِّنَةٍ تَشْهَدُ أنَّ رَأْسَ مالِه عليه ما قاله ثانِيًا . وذَكَرَه ابنُ المُنْذِرِ عن أحمدَ وإسْحاقَ . ورَوَى أبو طالِبٍ عن أحمدَ ، إذا كان البائِعُ مَعْرُوفًا بالصِّدْقِ ، قُبِلَ قَوْلُه ، وإنْ لم يَكُنْ صَدُوقًا ، جازَ البَيْعُ . قال القاضى : وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّ القولَ قولُ البائِعِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّه لمَّا دَخَلَ معه فى المُرابَحَةِ فقد ائْتَمَنَه ، والقولُ قولُ الأمِينِ مع يَمِينِه ، كالوَكِيلِ والمُضارِبِ . والظَّاهِرُ أنَّ الخِرَقِىَّ لم يَتْرُكْ ذِكْرَ ما يَلْزَمُ البائِعَ فى إثْباتِ دَعْواهُ ؛ لكَوْنِه يَقْبَلُ مُجَرَّدَ دَعْواه ، بل لأنَّه عَطَفَه على المَسْأَلَةِ قبلها ، وقد ذَكَرَ فيها ، فعَلِمَ أنَّه زادَ فى رَأْسِ المالِ ، ولم يَتَعَرَّضْ لما يَحْصُلُ به العِلْمُ ، لكنْ قد عَلِمْنا أنَّ العِلْمَ إنَّما يَحْصُلُ بِبَيِّنَةٍ أو إقْرارٍ ، كذلك عِلْمُ غَلَطِه هٰهُنا يَحْصُلُ بِبَيِّنَةٍ أو إقْرارٍ من المُشْتَرِى ، وكونُ البائِعِ مُؤْتَمَنًا لا يُوجِبُ قَبُولَ دَعْواه فى الغَلَطِ ، كالمُضارِبِ والوَكِيلِ إذا أقَرَّا بِرِبْحٍ ، ثم قالا : غَلِطْنا أو نَسِينا . واليَمِينُ التى ذَكَرَها الخِرَقِىُّ هٰهُنا ، إنَّما هى نَفْىُ[1] عِلْمِه بِغَلَطِ نَفْسِه وقتَ البَيْعِ ، لا على إثْباتِ غَلَطِه . / وعن أحمدَ رِوايَةٌ ثالثةٌ ، أنَّه لا يُقْبَلُ قَوْلُ البائِعِ ، وإنْ أقامَ به بَيِّنَةً حتى يُصَدِّقَه المُشْتَرِى . وهو قولُ الثَّوْرِىِّ والشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه أقَرَّ بالثَّمَنِ ، وتَعَلَّقَ به حَقُّ الغَيْرِ . فلا يُقْبَلُ رُجُوعُه ولا بَيِّنَتُه ؛ لإقْرارِه بِكَذِبِهَا . ولَنا ، أنَّها بَيِّنَةٌ عادِلَةٌ ، شَهِدَتْ بما يَحْتَمِلُ الصِّدْقَ ، فَتُقْبَلُ ، كسائِرِ البَيِّناتِ . ولا يُسَلَّمُ أنَّه أقَرَّ بخِلافِها ؛ فإنَّ الإقْرارَ يكونُ لغيرِ المُقِرِّ ، وحالَةَ إخْبارِه بِثَمَنِها لم يكنْ عليه حَقٌّ لغيرِه ، فلم يكن إقْرارٌ .

---

(١) فى م : « على نفس » .

فإن لم تكن بَيِّنَةٌ ، أو كانت له بَيِّنَةٌ ، وقُلْنا : لا تُقْبَلُ بَيِّنَتُه ، فادَّعَى أنَّ المُشْتَرِىَ يَعْلَمُ غَلَطَه ، فأنْكَرَ المُشْتَرِى ، فالقولُ قولُه ، وإنْ طَلَبَ يَمِينَه ، فقال القاضِى : لا يَمِينَ عليه ؛ لأنَّه مُدَّعٍ ، واليَمِينُ على المُدَّعَى عليه . ولأنَّه قد أقَرَّ له فيَسْتَغْنِى بالإقْرارِ عن اليَمِينِ . والصَّحِيحُ أنَّ عليه اليَمِينَ أنَّه لا يَعْلَمُ ذلك ؛ لأنَّه ادَّعَى عليه ما يَلْزَمُه به رَدُّ السِّلْعَةِ أو زِيادَةٌ فى ثَمَنِها ، فلَزِمَتْه اليَمِينُ ، كمَوْضِعِ الوِفاقِ . وليس هو هٰهُنا مُدَّعِيًا ، إنَّما هو مُدَّعًى عليه العِلْمُ بمِقْدارِ الثَّمَنِ الأوَّلِ ، ثم قال الخِرَقِىُّ : له أنْ يُحَلِّفَه أنَّ وَقْتَ ما باعَها لم يَعْلَمْ أنَّ شِراءَها أكْثَرُ . وهذا صَحِيحٌ ، فإنَّه لو باعَها بهذا الثَّمَنِ عالِمًا بأنَّ ثَمَنَها عليه أكْثَرُ ، لَزِمَه البَيْعُ بما عَقَدَ عليه ؛ لأنَّه تَعاطَى شَيْئًا عالِمًا بالحال ، فلَزِمَه ، كمُشْتَرِى المَعِيبِ عالِمًا بعَيْبِه . وإذا كان البَيْعُ يَلْزَمُه بالعِلْمِ ، فادَّعَى عليه ، لَزِمَتْه اليَمِينُ . فإنْ نَكَلَ قضى عليه . وإنْ حَلَفَ خُيِّرَ المُشْتَرِى بين قَبُولِه بالثَّمَنِ والزِّيادَةِ التى غَلِطَ بها وحَطِّها من الرِّبْحِ ، وبين فَسْخِ العَقْدِ . [2]ويَحْتَمِلُ أنَّه إذا باعَه بمائةٍ ورِبْحِ عَشَرَةٍ ، ثم إنَّه غَلِطَ بعَشَرَة ، لا يَلْزَمُه حَطُّ العَشَرَةِ من الرِّبْحِ ؛ لأنَّ البائِعَ رَضِىَ بِرِبْحِ عَشَرَةٍ فى هذا المَبِيعِ ، فلا يكونُ له أكْثَرُ منها . وكذلك إنْ تَبَيَّنَ له أنَّه زادَ فى رَأْسِ مالِه ، لا يَنْقُصُ الرِّبْحَ من عَشَرَةٍ ؛ لأنَّ البائِعَ لم يَبِعْه ، إلَّا بِرِبْحِ عَشَرَةٍ ، فأمَّا إنْ قال : وأرْبَحُ فى كُلِّ عَشَرَةٍ دِرْهَمًا . أو قال : ده يازده . لَزِمَهُ حَطُّ العَشَرَةِ من الرِّبْحِ فى الغَلَطِ والزِّيادَةِ على الثَّمَنِ فى الصُّورَتَيْنِ[2] . وإنَّما أثْبَتْنا له الخِيارَ ؛ لأنَّه دَخَلَ على أنَّ الثَّمَنَ مائةٌ وعَشَرَةٌ ، فإذا بان أكْثَر كان عليه ضَرَرٌ فى الْتِزامِه ، فلم يَلْزَمْه ، كالمَعِيبِ . وإن اخْتارَ أخْذَها بمائةٍ وأحَدَ وعِشْرِينَ ، لم يكن للبائِعِ خِيارٌ ؛ لأنَّه قد زادَه خَيْرًا ، فلم يكن له خِيارٌ ، كبائِعِ المَعِيبِ إذا رَضِيَه المُشْتَرِى . وإن اخْتارَ البائِعُ إسْقاطَ الزِّيادَةِ عن المُشْتَرِى ، فلا خِيارَ له أيضًا ؛ لأنَّه قد بَذَلَها بالثَّمَنِ الذى وَقَعَ عليه العَقْدُ ، وتَراضَيا به .

فصل : ويجوزُ بَيْعُ الْمواضَعَةِ ، وهو أنْ يُخْبِرَ بِرَأْسِ مالِه ثم يقولُ : بِعْتُكَ هذا

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

به ، وأضعُ عنك كذا . فإنْ قال : بِوَضِيعَةِ دِرْهَمٍ من كلِّ عَشَرَةٍ ، كُرِهَ ؛ لما ذَكَرْنا فى المُرابَحَةِ ، وصَحَّ ؛ ويَطْرَحُ من كلِّ عَشَرَةٍ دِرْهَمًا . / فإن كان الثَّمَنُ مائةً لَزِمَه تِسْعُونَ ، ويكونُ الحطُّ عَشَرَةً . وقال قَوْمٌ : يكون الحَطُّ من كلِّ أحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا ، فيكونُ ذلك تِسْعَةَ دَراهِمَ وجُزْءًا من أحَدَ عَشَرَ جُزْءًا من دِرْهَمٍ ، وتَبْقَى تِسْعُونَ وعَشَرَةُ أَجْزاءٍ من أحَدَ عَشَرَ جُزْءًا من دِرْهَمٍ . وهذا غَلَطٌ ؛ لأنَّ هذا يكونُ حَطًّا مِن كلِّ أحَدَ عَشَرَ ، وهو غيرُ ما قالَهُ . فأمَّا إنْ قال بِوَضِيعَةِ دِرْهَمٍ لكلِّ عَشَرَةٍ ، كان الوَضِيعَةُ من كلِّ أحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا ، ويكونُ الباقِى تِسْعِينَ وعَشَرَةَ أجْزاءٍ من أحَدَ عَشَرَ جُزْءًا من دِرْهَمٍ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ والشَّافِعِىِّ . وحُكِىَ عن أبى ثَوْرٍ ، أنَّه قال : الحَطُّ هٰهُنا عَشَرَةٌ مثلُ الأُولَى . وليس بِصَحِيحٍ ؛ فإنَّه إذا قال : لكلِّ عَشَرَةٍ دِرْهَمًا . يكون الدِّرْهَمُ مِن غيرِها . فكأنَّه قال : مِن كلِّ أحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا دِرْهَمًا[3] . وإذا قال : مِن كلِّ عَشَرَةٍ دِرْهَمًا . كان الدِّرْهَمُ من العَشَرَةِ ؛ لأنَّ « مِنْ » لِلتَّبْعِيضِ ، فكأنَّه قال : آخُذُ من العَشَرَةِ تِسْعَةً ، وأُحُطُّ منها دِرْهَمًا .

٨/٥ ظ

فصل : إذا اشْتَرَى رَجُلٌ نِصْفَ سِلْعَةٍ بعَشَرَةٍ ، واشْتَرَى آخَرُ نِصْفَها بعِشْرِينَ ، ثم باعا[4] مُساوَمَةً بثَمَنٍ واحِدٍ ، فهو بينهما نِصْفانِ . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّ الثَّمَنَ عِوَضٌ عنها ، فيكونُ بينهما على حَسَبِ مَلْكَيْهِما فيها . وإنْ باعا[4] ، مُرابَحَةً أو مُواضَعَةً أو تَوْلِيَةً ، فكذلك ، نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ ابنِ سِيرِينَ والحَكَمِ ، قال الأَثْرَمُ : قال أبو عبدِ اللهِ رَحِمَه اللهُ : إذا باعا[4] ، فالثَّمَنُ بينهما نِصْفانِ . قلتُ : أعْطَى أحَدُهما أكْثَرَ ممَّا أعْطَى الآخَرُ ؟ فقال : وإن أُلْبِسَ الثَّوْبُ بينهما السَّاعةَ سَواءٌ ، فالثَّمَنُ بينهما ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَمْلِكُ مثلَ الذى يَمْلِكُ صاحِبُه . وحَكَى أبو بكرٍ ، عن أحمدَ ، رِوايَةً أُخرى ، أنَّ الثَّمَنَ بينهما على قَدْرِ رُءُوسِ أمْوالِهِما ؛ لأنَّ بَيْعَ المُرابَحَةِ يَقْتَضِى أنْ يكونَ الثَّمَنُ فى مُقابَلَةِ رَأْسِ المالِ ، فيكون مَقْسُومًا بينهما على

---

(٣) أى : أحُطُّ درهما .

(٤) فى م : « باعها » خطأ .

حَسَبِ رُءُوسِ أموالِهما . ولم أجِدْ عن أحمدَ رِوايَةً بما قال أبو بكرٍ . وقيل : هذا وَجْهٌ خَرَّجَه أبو بكرٍ ، وليس بِروايةٍ . والمذهبُ الأوَّل ؛ لأنَّ الثَّمَنَ عِوَضُ المَبِيعِ ، ومِلْكُهُما مُتَساوٍ فيه ، فكان مِلْكُهُما لِعِوَضِه[5] ، مُتَساوِيًا . كما لو باعاهُ مُساواةً .

فصل : ومتى باعاهُ السِّلْعَةَ بِرَقْمِها ، ولا يَعْلَمانِه ، أو جَهِلا رَأْسَ المالِ فى المُرابَحَةِ ، أو المُواضَعَةِ ، أو التَّوْلِيَةِ ، /أو جَهِلَ ذلك أحَدُهما ، أو جَهِلَ قَدْرَ الرِّبْحِ ، أو قَدْرَ الوَضِيعَةِ ، فالبَيْعُ باطِلٌ ؛ لأنَّ العِلْمَ بالثَّمَنِ شَرْطٌ لِصِحَّةِ البَيْعِ ، فلا يَثْبُتُ بِدُونِه . ولو باعَه بمائةٍ ذَهَبًا وفِضَّةً ، لم يَصِحَّ البَيْعُ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَصِحُّ ، ويكون نِصْفَيْنِ ؛ لأنَّ الإطْلاقَ يَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ ، كالإقْرارِ . ولَنا ، أنَّ قَدْرَ كلِّ واحِدٍ منهما مَجْهُولٌ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بمائةٍ بعضُها ذَهَبٌ . وقولُه : إنَّه يَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّه لو فَسَّرَه بغيرِ ذلك ، صَحَّ . وكذلك لو أقَرَّ له بمائةٍ ذَهَبًا وفِضَّةً ، فالقولُ قولُه فى قَدْرِ كلِّ واحِدٍ منهما .

٩/٥ و

٧٥٣ - مسألة ؛ قال : (وإذَا بَاعَ شَيْئًا واخْتَلَفَا فِى ثَمَنِه ، تَحالَفَا ، فَإنْ شاءَ المُشْتَرِى أخَذَهُ بَعْدَ ذٰلِكَ بِمَا قَالَ الْبائِعُ ، وإلَّا انْفَسَخَ الْبَيْعُ بَيْنَهُما ، والمُبْتَدِئُ بالْيَمِينِ الْبائِعُ)

والكلامُ فى هذه المَسْأَلَةِ فى فُصُولٍ ثلاثةٍ :

أحدُها ، أنَّه إذا اخْتَلَفَ المُتَبايِعانِ والسِّلْعَةُ قائِمَةٌ ، فقال البائِعُ : بِعْتُكَ بِعِشْرِينَ . وقال المُشْتَرِى : بل بِعَشَرَةٍ ، ولأحدِهِما بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بها . وإنْ لم يكُنْ لهما بَيِّنَةٌ تَحالفا . وبهذا قال شُرَيْحٌ ، وأبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ ، ومالِكٌ فى رِوايةٍ . وعنه . القولُ قولُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه . وبه قال أبو ثَوْرٍ ، وزُفَرُ ؛ لأنَّ البائِعَ يَدَّعِى عَشَرَةً زائِدَةً ، يُنْكِرُه

---

(٥) فى م : « كعوضه » .

المُشْتَرِى ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . وقال الشَّعْبِىُّ : القولُ قولُ البائعِ ، أو يَترادَّانِ البَيْعَ . وحَكاه ابنُ المُنْذِرِ عن إمامِنا ، رَحِمَهُ اللهُ ؛ (١لما رَوَى١) ابنُ مَسْعُودٍ ، عن رسولِ اللهِ ﷺ ، أنَّه قال : « إذَا اخْتَلَفَ الْبَيِّعانِ ، ولَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ ، فالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ ، أَوْ يَتَرادَّانِ الْبَيْعَ » . رَواه سَعِيدٌ ، وابنُ ماجَه ، وغيرُهما[٢] . والمَشْهُورُ فى المذهبِ الأوَّلُ . ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ مَعْنَى القَوْلَيْنِ واحِدًا ، وأنَّ القولَ قولُ البائعِ مع يَمِينِه ، فإذا حَلَفَ فَرضِىَ المُشْتَرِى بذلك ، أخَذَ به ، وإنْ أَبَى ، حَلَفَ أيضًا ، وفُسِخَ البَيْعُ بينهما ، لأنَّ فى بعضِ ألفاظِ حَدِيثِ ابن مَسْعُودٍ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « إذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ ، والسِّلْعَةُ قائِمَةٌ . ولَا بَيِّنَةَ لأحَدِهِمَا ، تَحالَفا »[٣] . ولأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مُدَّعٍ ومُدَّعًى عليه ، فإنَّ البائعَ يَدَّعِى عَقْدًا بِعِشْرِينَ ، يُنْكِرُه المُشْتَرِى ، والمُشْتَرِى يَدَّعِى عَقْدًا بِعَشَرَةٍ ، يُنْكِرُه البائعُ ، والعَقْدُ بعَشَرَةٍ / غيرُ العَقْدِ بعِشْرِينَ ، فَشُرِعَتِ اليَمِينُ فى حَقِّهِما ، وهذا الجَوابُ عمَّا ذَكَرُوه .

٩/٥ ظ

الفصل الثانى ، أنَّ المُبْتَدِئَ باليَمِينِ البائعُ ، فيَحْلِفُ ما بِعْتُه (٤بعَشَرَةٍ ، وإنَّما بِعْتُه٤) بِعِشْرِينَ . فإنْ شاءَ المُشْتَرِى أخَذَه بما قال البائعُ ، وإلَّا يَحْلِفُ ما اشْتَرَيْتُه بعِشْرِينَ ، وإنَّما اشْتَرَيْتُه بعَشَرَةٍ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، وقال أبو حنيفةَ : يَبْتَدِئُ بِيَمِينِ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ ، واليَمِينُ فى جَنَبَتِه أقْوَى ، ولأنَّه يُقْضَى بِنُكُولِه ، ويَنْفَصِلُ الحُكْمُ ، وما كان أقْرَبَ إلى فَصْلِ الخُصُومَةِ كان أوْلَى . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ

(١ - ١) فى م : « وروى » .

(٢) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب البيعان يختلفان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٥ . والدارمى ، فى : باب إذا اختلف المتبايعان ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٥٠ . والإمام مالك ، فى : باب بيع الخيار ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٧١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٤٦٦ .

(٣) الرواية بهذا اللفظ غير موجودة فى شىء من كتب الحديث التى بين أيدينا . وقال الحافظ ابن حجر : أما رواية التحالف فاعترف الرافعى فى التذنيب أنه لا ذكر لها فى شىء من كتب الحديث . التلخيص الحبير ٣/٣١ .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

ﷺ : « فالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ » . وفى لَفْظٍ : « فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبائِعُ ، والْمُشْتَرِى بِالْخِيَارِ » . رواه الإمامُ أحمدُ[٥] . ومَعْناه : إنْ شاءَ أَخَذَ ، وإنْ شاءَ حَلَفَ . ولأنَّ البائِعَ أَقْوَى جَنَبَةً ؛ لأنَّهما إذا تَحالفا عادَ المَبيعُ إليه ، فكان أَقْوَى ، كصاحِبِ اليَدِ ، وقد بَيَّنَّا أنَّ كلَّ واحِدٍ منهما مُنْكِرٌ ، فيَتساوِيانِ من هذا الوَجْهِ . والبائِعُ إذا نَكَلَ ، فهو بمَنْزِلَةِ نُكُولِ المُشْتَرِى ، يَحْلِفُ الآخَرُ ، ويُقْضَى له ، فهما سَوَاء .

الفصل الثالث ، أنَّه إذا حَلَفَ البائِعُ فنَكَلَ المُشْتَرِى عن اليَمِينِ ، قُضِيَ عليه . وإنْ نَكَلَ البائِعُ ، حَلَفَ المُشْتَرِى ، وقُضِيَ له . وإنْ حَلَفا جَمِيعًا ، لم يَنْفَسِخِ البَيْعُ بنَفْسِ التَّحالُفِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ صَحِيحٌ ، فتَنازُعُهما ، وتَعارُضُهما لا يَفْسَخُه ، كما لو أقامَ كُلُّ واحِدٍ مِنهما بَيِّنَةً بما ادَّعاه ، لكنْ إنْ رَضِيَ أحَدُهما بما قال صاحِبُه ، أُقِرَّ العَقْدُ بينَهما ، وإنْ لم يَرْضَيا ، فلكُلِّ واحِدٍ مِنهما الفَسْخُ . هذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَقِفَ الفَسْخُ على الحاكِمِ . وهو ظاهِرُ مذهبِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ العَقْدَ صَحِيحٌ ، وأحَدُهما ظالِمٌ ، وإنَّما يَفْسَخُه الحاكِمُ لتَعَذُّرِ إمضائِه فى الحُكْمِ ، فأشْبَهَ نِكاحَ المرأةِ إذا زَوَّجَها الوَلِيَّانِ ، وجُهِلَ السَّابِقُ مِنهما . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « أَوْ يَتَرَادَّانِ البَيْعَ » . وظاهِرُه اسْتِقْلالُهما بذلك ، وفى القصَّةِ ، أنَّ ابنَ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللهُ عنه باعَ الأشْعَثَ بن قَيْسٍ رَقِيقًا مِن رَقِيقِ الإمارَةِ ، فقال عبدُ الله : بِعْتُكَ بِعِشْرِينَ أَلْفًا . قال الأشْعَثُ : اشْتَرَيْتُ مِنك بِعَشْرَةِ آلافٍ . فقال عبدُ اللهِ : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقول : « إذَا اخْتَلَفَ الْبَيِّعَانِ ، وَلَيْسَ / بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ ، وَالْبَيْعُ[٦] قَائِمٌ بِعَيْنِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ ، أَوْ يَتَرَادَّانِ الْبَيْعَ » . قال : فإنى أَرُدُّ البَيْعَ . رواه سعيدٌ ، عن هُشَيْمٍ ، عن ابن أبى لَيْلَى ، عن [٧]القاسم بن عبد الرحمن[٧] ، عن ابنِ مَسْعُودٍ .

١٠/٥ و

(٥) فى : المسند ١/٤٦٦ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء إذا اختلف البيعان ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٧١

(٦) فى م : « والمبيع » .

(٧ - ٧) فى النسخ : « عبد الرحمن بن القاسم » . والتصحيح من كتب السنة ، وانظر : تحفة الأشراف ٧/٧٤ ، ٧٥ .
=

ورَوَى أيضًا حَدِيثًا عن عبد المَلِكِ بن عُبَيْدَةَ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « إذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ اسْتُحْلِفَ الْبَائِعُ ، ثُمَّ كَانَ الْمُشْتَرِى بِالْخِيَارِ ، إنْ شَاءَ أَخَذَ ، وَإنْ شَاءَ تَرَكَ »[8] . وهذا ظاهِرٌ فى أنّه يَفْسَخُ مِن غيرِ حاكِمٍ ؛ لأنه جَعَلَ الخِيارَ إليه ، فأشْبَهَ مَن له خِيارُ الشَّرْطِ ، أو الرَّدُّ بالعَيْبِ . ولأنّه فَسْخٌ لاسْتِدْراكِ الظُّلامَةِ ، فأشْبَهَ الرَّدَّ بِالعَيْبِ ، ولا يُشْبِهُ النِّكاحَ ؛ لأنّ لكُلِّ واحدٍ مِن الزَّوْجَيْنِ الاسْتِقْلالَ بالطَّلاقِ . وإذا فُسِخَ العَقْدُ ، فقال القاضى : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنّ الفَسْخَ يَنْفُذُ[9] ظاهِرًا وباطِنًا ؛ لأنّه فَسْخٌ لاسْتِدْراكِ الظُّلامَةِ ، فهو كالرَّدِّ بِالعَيْبِ ، أو فَسْخُ عَقْدٍ بالتَّحالُفِ[10] ، فوَقَعَ فى الظّاهِرِ والباطِنِ ، كالفَسْخِ باللِّعانِ . وقال أبو الخَطّابِ : إنْ كان البائعُ ظَالِمًا ، لم يَنْفَسِخِ[11] العَقْدُ فى الباطِنِ ؛ لأنّه كان يُمْكِنُه إمضاءُ العَقْدِ ، واسْتِيفاءُ حَقِّه ، فلا يَنْفَسِخُ العَقْدُ فى الباطِنِ ، ولا يُباحُ له التَّصَرُّفُ فى المَبِيعِ ؛ لأنّه غاصِبٌ ، فإنْ كان المُشْتَرِى ظالِمًا ، انْفَسَخَ البَيْعُ ظاهِرًا وباطِنًا ؛ لعَجْزِ البائعِ عن اسْتِيفاءِ حَقِّه ، فكان له الفَسْخُ ، كما لو أفْلَسَ المُشْتَرِى . ولأصحابِ الشّافِعِىِّ وَجْهانِ كهذَيْنِ . ولهم وَجْهٌ ثالثٌ ؛ أنّه لا يَنْفَسِخُ فى الباطِنِ بحالٍ . وهذا فاسِدٌ ؛ لأنّه لو عُلِمَ أنّه لم يَنْفَسِخْ فى الباطِنِ بحالٍ ، لَمَا أمْكَنَ فَسْخُه فى الظّاهِرِ ، فإنّه لا يُباحُ لكُلِّ واحِدٍ مِنهما التَّصَرُّفُ فيما رَجَعَ إليه بِالفَسْخِ ، ومتى عُلِمَ أنّ ذلك مُحَرَّمٌ مُنِعَ مِنه . ولأنّ الشّارِعَ جَعَلَ للمَظْلُومِ مِنهما الفَسْخَ ظاهِرًا وباطِنًا ، فانْفَسَخَ

= وهو أبو عبد الرحمن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود المسعودى الكوفى القاضى . روى عن أبيه ، وعن جده مرسلا ، وعن ابن عمر ، وجابر بن سمرة ، وغيرهم . مات سنة عشرين ومائة . تهذيب التهذيب ٨/٣٢١ ، ٣٢٢ .

(٨) وأخرجه النسائى ، فى : باب اختلاف المتبايعين فى الثمن ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٦٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٤٦٦ . والبيهقى ، فى : باب اختلاف المتبايعين ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/٣٣٣ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣/١٨ ، ١٩ .

(٩) فى الأصل : « ينعقد » .

(١٠) فى الأصل : « التحالف » .

(١١) فى م : « يفسخ » .

بِفَسْخِه فى الباطِنِ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . ويَقْوَى عِنْدِى أنَّه إنْ فَسَخَه الصَّادِقُ مِنهما ، انْفَسَخَ ظاهِرًا وباطِنًا ؛ لذلك . وإنْ فَسَخَه الكاذِبُ عالِمًا بكَذِبه ، لم يَنْفَسِخْ بالنِّسْبَةِ إليه ؛ لأنَّه لا يَحِلُّ له الفَسْخُ ، فلم يَثْبُتْ حُكْمُه بالنِّسْبَةِ إليه ، ويَثْبُتُ بالنِّسْبَةِ إلى صاحِبِه ، فيُباحُ له التَّصَرُّفُ فيما رَجَعَ إليه ؛ لأنَّه رَجَعَ إليه بِحُكْمِ الشَّرْعِ مِن غيرِ عُدْوَانٍ منه ، فأشْبَهَ ما لو رَدَّ عليه المَبِيعَ بدَعْوَى العَيْبِ ، ولا عَيْبَ فيه .

٧٥٤ ـ مسألة ؛ قال : (**فَإنْ كَانَتِ السِّلْعَةُ تَالِفَةً تَحَالَفَا وَرَجَعَا إلَى قِيمَةِ مِثْلِهَا ، إلَّا أنْ يَشَاءَ الْمُشْتَرِى أنْ يُعْطِىَ الثَّمَنَ عَلَى مَا قَالَ الْبَائِعُ . فَإنِ اخْتَلَفَا فى الصِّفَةِ ، فَالْقَوْلُ**[1] **قَوْلُ الْمُشْتَرِى ، مَعَ يَمِينه فِى الصِّفَةِ**)

وجُمْلَتُه ؛ أنَّهما إذا اخْتَلَفا فى ثَمَنِ السِّلْعَةِ بعدَ تَلَفِها ، فعن أحمدَ فيها رِوايَتانِ ؛ إحداهما ، يَتَحالَفانِ ، مِثْل ما لو كانت قائِمَةً . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ ، وإحْدَى الرِّوايَتَيْنِ عن مالِكٍ . والأُخْرَى ، القولُ قولُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه . اختارها أبو بكرٍ . وهو[2] قولُ النَّخَعِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، والأوْزاعِىِّ ، وأبى حنيفةَ ؛ لقولِه عليه السَّلامُ فى الحَدِيثِ : « وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ »[3] . فمَفْهُومُه أنَّه لا يُشْرَعُ التَّحالُفُ عندَ تَلَفِها . ولأنَّهما اتَّفقا على نَقْلِ السِّلْعَةِ إلى المُشْتَرِى ، واسْتِحْقاقِ عَشَرَةٍ فى ثَمَنِها ، واخْتَلَفا فى عَشَرَةٍ زائِدَةٍ ، البائِعُ يَدَّعِيها والمُشْتَرِى يُنْكِرُها ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . وتَرَكْنا هذا القِياسَ حالَ قِيامِ السِّلْعَةِ للحَدِيثِ الوارِدِ فيه ، فَفِيما عداه يَبْقَى على القِياسِ . وَوَجْهُ الرِّوايَةِ الأُولَى عُمُومُ قولِه : « إذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِى بِالْخِيَارِ »[3] . وقال أحمدُ : ولم يَقُلْ فيه : « وَالْمَبِيعُ قَائِمٌ » . إلَّا يَزِيدُ ابن هارُونَ . قال أبو عبدِ اللهِ : وقد أخْطَأَ رُوَاةُ الحَلِفِ عن المَسْعُودِىِّ[4] ، لم

---

(١) فى م : « بالقول » . تحريف .

(٢) فى م : « وهذا » .

(٣) تقدم التخريج فى صفحة ٢٧٩ ، والحديث الثانى فى صفحة ٢٨٠ .

(٤) راوى الحديث عن ابن مسعود ، وتقدم فى صفحة ٢٨٠ .

يَقولوا هذه الكَلِمَةِ ، ولكنَّها فى حَدِيثٍ مَعْنٍ . ولأنَّ كُلَّ واحِدٍ مِنهما مُدَّعٍ ومُنْكِرٌ ، فَيُشْرَعُ اليَمِينُ ، كحالِ قِيامِ السِّلْعَةِ ، وما ذَكَرُوه مِن المَعْنَى يَبْطُلُ بحالِ قِيامِ السِّلْعَةِ ، فإنّ ذلك لا يَخْتَلِفُ بِقيامِ السِّلْعَةِ وتَلَفِها . وقولُهم : تَرَكْناه للحَدِيثِ . قُلْنا : ليس فى الحَدِيثِ : « تَحالَفا » ، وليس ذلك بثابِتٍ فى شىءٍ مِن الأخبارِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : وليس فى هذا البابِ حَدِيثٌ يُعْتَمَدُ عليه . وعلى أنّه إذا خُولِفَ الأصلُ لِمَعْنًى ، وَجَبَ تَعْدِيَةُ الحُكْمِ بتَعَدِّى ذلك المَعْنَى ، فنَقِيسُ عليه ، بل يَثْبُتُ الحُكْمُ بالبَيِّنَةِ ، فإنّ التَّحالُفَ إذَا ثَبَتَ مع قِيامِ السِّلْعَةِ ، مع أنّه يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ ثَمَنِها للمَعْرِفَةِ بِقيمَتِها ، فإنّ الظّاهِرَ أنَّ الثَّمَنَ يَكُونُ بالقِيمَةِ ، فمع تَعَذُّرِ ذلك أوْلَى . فإذا تَحالَفا ، فإنْ رَضِىَ أحَدُهما بما قال الآخَرُ ، لم يُفسَخِ العَقْدُ ؛ لعَدَمِ الحاجَةِ إلى فَسْخِه ، وإنْ لم / يَرْضَيا ، فلكُلِّ واحِدٍ مِنهما فَسْخُه ، كما له ذلك فى حالِ بقاءِ السِّلْعَةِ ، ويُرَدُّ الثَّمَنُ الذى قَبَضَه البائِعُ إلى المُشْتِرِى ، ويَدْفَعُ المُشْتَرِى قِيمَةَ السِّلْعَةِ إلى البائِعِ ، فإنْ كان مِن جِنْسٍ واحِدٍ ، وتساويا بعد التَّقابُضِ ، تَقَاصّا . ويَنْبَغِى أنْ لا يُشْرَعَ التَّحالُفُ ولا الفَسْخُ ، فيما إذا كانت قِيمَةُ السِّلْعَةِ مُساوِيَةً لِلثَّمَنِ الذى ادَّعاه المُشْتَرِى ، ويَكُونُ القولُ قولَ المُشْتَرِى مع يَمِينِه ؛ لأنّه لا فائِدَةَ فى يَمِينِ البائِعِ ، ولا فَسْخِ البَيْعِ ؛ لأنّ الحاصِلَ بذلك الرُّجُوعُ إلى ما ادَّعاه المُشْتَرِى ، وإنْ كانت القِيمَةُ أقَلَّ ، فلا فائِدَةَ للبائِعِ فى الفَسْخِ ، فيَحْتَمِلُ أنْ لا يُشْرَعَ له اليَمِينُ ولا الفَسْخُ ؛ لأنّ ذلك ضَرَرٌ عليه مِن غيرِ فائِدَةٍ ، ويَحْتَمِلُ أنْ يُشْرَعَ لتَحصُلَ[٥] الفائِدَةُ للمُشْتَرِى . ومتى اخْتَلَفا فى قِيمَةِ السِّلْعَةِ ، رَجَعا إلى قِيمَةِ مِثْلِها ، مَوْصُوفًا بصِفاتِها ، فإنِ اخْتَلَفا فى الصِّفَةِ ، فالقولُ قولُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه ؛ لأنّه غارِمٌ ، والقولُ قولُ الغارِمِ .

١١/٥ و

فصل : وإنْ تَقَايَلا المَبِيعَ ، أو رُدَّ بِعَيْبٍ بعدَ قَبْضِ البائِعِ الثَّمَنَ ، ثم اخْتَلَفا فى

---

(٥) فى م : « لتحصيل » .

قَدْرِه ، فالقولُ قولُ البائعِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ لِمَا يَدَّعِيه المُشْتَرِى بعدَ انْفِساخِ العَقْدِ ، فأَشْبَهَ ما لو اخْتَلَفا فى القَبْضِ .

فصل : وإنْ قال : بِعْتُكَ هذا العَبْدَ بأَلْفٍ . فقال : بل هو والعَبْدُ الآخَرُ بأَلْفٍ . فالقولُ قولُ البائعِ مع يَمِينِه ، وهو قولُ أبى حنيفةَ ، وقال الشّافِعِىُّ : يَتَحالَفانِ ؛ لأنَّهما اخْتَلَفا فى أَخْذِ[6] عِوَضَىِ العَقْدِ ، فيَتَحالَفانِ ، كما لو اخْتَلَفا فى الثَّمَنِ . ولَنا ، أنَّ البائعَ يُنْكِرُ بَيْعَ العَبْدِ الزّائِدِ ، فكان القولُ قولَه بيَمِينِه ، كما لو ادَّعَى شِراءَه مُنْفَرِدًا .

فصل : وإنِ اخْتَلَفا فى عَيْنِ المَبِيعِ ، فقال : بِعْتُكَ هذا العَبْدَ . قال : بل بِعْتَنِى هذه الجارِيَةَ . فالقولُ قولُ كُلِّ واحِدٍ مِنهما فيما يُنْكِرُه ، مع يَمِينِه ؛ لأنَّ كُلَّ واحِدٍ مِنهما يَدَّعِى عَقْدًا على عَيْنٍ يُنْكِرُها المُدَّعَى عليه ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . فإذا[7] حَلَفَ البائعُ : ما بِعْتُكَ هذه الجارِيَةَ . أُقِرَّتْ فى يَدِه ، إنْ كانت فى يَدِه ، ورُدَّتْ عليه إنْ كان مُدَّعِيهَا قد قَبَضَها . وأمّا العَبْدُ ، فإنْ كان فى يَدِ البائعِ ، أُقِرَّ فى يَدِه ، ولم يَكُنْ للمُشْتَرِى طَلَبُه ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيه ، وعلى البائعِ / رَدُّ الثَّمَنِ إليه ؛ لأنَّه لم يَصِلْ إليه المَعْقُودُ عليه . وإنْ كان فى يَدِ المُشْتَرِى ، فعليه رَدُّه إلى البائعِ ؛ لأنَّه لم يَعْتَرِفْ أنه لم يَشْتَرِه ، وليس للبائعِ طَلَبُه إذا بَذَلَ له ثَمَنَه ، لِاعْتِرافِه بِبَيْعِه ، وإنْ لم يُعْطِه ثَمَنَه ، فله فَسْخُ البَيْعِ واسْتِرْجاعُه ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ عليه الوُصُولُ إلى ثَمَنِه ، فمَلَكَ الفَسْخَ ، كما لو أَفْلَسَ المُشْتَرِى . وإنْ أقامَ كُلُّ واحِدٍ مِنهما بَيِّنَةً بِدَعْواه ، ثَبَتَ العَقْدانِ ؛ لأنَّهما لا يَتَنافَيانِ ، فأشْبَهَ ما لو ادَّعَى أحَدُهما البَيْعَ فيهما جَمِيعًا ، وأنْكَرَه الآخَرُ . وإنْ أقامَ أحَدُهما بَيِّنَةً بدَعْواه ، دُونَ الآخَرِ ، ثَبَتَ ما قامَتْ عليه البَيِّنَةُ ، دُونَ ما لم تَقُمْ عليه .

فصل : وإنِ اخْتَلَفا فى صِفَةِ الثَّمَنِ ، رُجِعَ إلى نَقْدِ البَلَدِ . نَصَّ عليه فى روايةِ

١١/٥ ظ

---

(٦) فى م : « أصل » .

(٧) فى م : « فإن » .

الأَثْرَمِ ؛ لأنّ الظّاهِرَ أنّهما لا يَعْقِدانِ إلّا به . وإنْ كان فى البَلَدِ نُقودٌ ، رُجِعَ إلى أوْسَطِها . نَصَّ عليه ، فى روايةِ جَماعَةٍ . فيَحْتَمِلُ أنّه أرادَ إذا كان هو الأغْلَبَ ، والمُعامَلَةُ به أكْثَرُ ؛ لأنَّ الظّاهِرَ وُقوعُ المُعامَلَةِ به ، فهو كما لو كان فى البَلَدِ نَقْدٌ واحِدٌ . ويَحْتَمِلُ أنّه رَدَّهما إليه مع التَّسَوِّى ؛ لأنّ فيه تَوَسُّطًا بينَهما ، وتَسْوِيَةً بينَ حَقَّيْهما ، وفى العُدُولِ إلى غيرِه مَيْلٌ على أحَدِهما ، فكان التَّوَسُّطُ أوْلَى ، وعلى مُدَّعِى ذلك اليَمِينُ ؛ لأنَّ ما قالَهُ خَصْمُه مُحْتَمِلٌ ، فتَجِبُ اليَمِينُ لِنَفْيِ ذلك الاحْتِمالِ ، كوُجُوبِها على المُنْكِرِ . وإذا لم يَكُنْ فى البَلَدِ إلّا نَقْدانِ مُتَساوِيانِ ، فيَنْبَغِى أنْ يَتحالَفا ؛ لأنّهما اخْتَلَفا فى الثَّمَنِ على وَجْهٍ لم يَترَجَّحْ قولُ أحَدِهما ، فيَتحالَفانِ ، كما لو اخْتَلَفا فى قَدْرِه .

فصل : وإنِ اخْتَلَفا فى أجَلٍ أو رَهْنٍ ، أو فى قَدْرِهما ، أو فى شَرْطِ خِيارٍ ، أو ضَمِينٍ ، أو غيرِ ذلك مِن الشُّروطِ الصَّحِيحَةِ ، ففيه رِوايتانِ ؛ إحداهما ، يَتَحالَفانِ . وهو قولُ الشّافِعِىّ ؛ لأنّهما اخْتَلَفا فى صِفَةِ العَقْدِ ، فوَجَبَ أنْ يَتحالَفا ، قِياسًا على الاخْتِلافِ فى الثَّمَنِ . والثانية ، القولُ قولُ مَن يَنْفِى ذلك مع يَمِينِه . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُه ، فالقولُ قولُ مَن يَنْفِيه ، كأصلِ العَقْدِ ، لأنّه مُنْكِرٌ ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ .

فصل : وإنِ اخْتَلَفا فيما يُفْسِدُ العَقْدَ ، أو شَرْطٍ فاسِدٍ ، فقال : بِعْتُكَ بخَمْرٍ ، أو خِيارٍ مَجْهُولٍ . فقال : بل بِعْتَنِى بنَقْدٍ مَعْلُومٍ ، أو خِيارٍ[8] ثَلاثٍ . فالقولُ قولُ مَن / يَدَّعِى الصِّحَّةَ مع يَمِينِه ؛ لأنّ ظُهُورَ تَعاطِى المُسْلِمِ الصَّحِيحَ أكْثَرُ مِن تَعاطِيه الفاسِدَ[9] . وإنْ قال : بِعْتُكَ مُكْرَهًا . فأنْكَرَه ، فالقولُ قولُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الإكْراهِ ، وصِحَّةُ البَيْعِ . وإنْ قال : بِعْتُكَ وأنا صَبِىٌّ . فالقولُ قولُ المُشْتَرِى . نَصَّ عليه ، وهو قولُ الثَّورِىّ ، وإسحاقَ ؛ لأنّهما اتَّفَقا على العَقْدِ ،

١٢/٥ و

---

(٨) فى الأصل : « وخيار » .

(٩) فى م : « للفاسد » .

واخْتَلَفا فيما يُفْسِدُه ، فكان القولُ قولَ مَن يَدَّعِي الصِّحَّةَ ، كالتى قَبْلَها . ويَحْتَمِلُ أنْ يُقْبَلَ قولُ مَن يَدَّعِي الصِّغَرَ ؛ لأنَّه الأصلُ . وهو قولُ بعضِ أصحابِ الشّافِعِىِّ . ويُفارِقُ ما إذا اخْتَلَفا فى شَرْطٍ فاسِدٍ أو إكراهٍ لِوَجْهَيْنِ ؛ أحَدِهما ، أنّ الأصلَ عَدَمُه . وهٰهُنا الأصلُ بقاؤه . والثّانِى ، أنّ الظّاهِرَ مِن المُكَلَّفِ أنَّه لا يَتعاطَى إلّا الصَّحِيحَ . وهٰهُنا ما ثَبَتَ أنَّه كان مُكَلَّفًا . وإنْ قال : بِعْتُكَ وأنا مَجْنُونٌ . فإنْ لم يُعْلَمْ له حالُ جُنُونٍ ، فالقولُ قولُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُه . وإنّ ثَبَتَ أنَّه كان مَجْنُونًا ، فهو كالصَّبِىِّ . ولو قال العَبْدُ : بِعْتُكَ ، وأنا غيرُ مَأْذُونٍ لى فى التِّجارَةِ . فالقولُ قولُ المُشْتَرِى . نَصَّ عليه ، فى روايَةِ مُهَنَّا ؛ لأنَّه مُكَلَّفٌ ، والظّاهِرُ أنَّه لا يَعْقِدُ إلّا عَقْدًا صَحِيحًا .

فصل : وإنْ ماتَ المُتَبايِعانِ ، فوَرَثَتُهما بمَنْزِلَتِهما فى جَمِيعِ ما ذَكَرْناه ؛ لأنَّهم يَقُومُونَ مَقامَهما ، فى أخْذِ مَالِهِما ، وإرْثِ حُقُوقِهما ، فكذلك ما يَلْزَمُهما ، أو يَصِيرُ لهما .

فصل : وإنِ اخْتَلَفا فى التَّسْلِيمِ ، فقال البائِعُ : لا أُسَلِّمُ المَبِيعَ حتى أقْبِضَ الثَّمَنَ . وقال المُشْتَرِى : لا أُسَلِّمُ الثَّمَنَ حتى أقْبِضَ المَبِيعَ . والثَّمَنُ فى الذِّمَّةِ ، أُجبِرَ البائِعُ على تَسْلِيمِ المَبِيعِ ، ثم أُجْبِرَ المُشْتَرِى على تَسْلِيمِ الثَّمَنِ . فإنْ كان عَيْنًا ، أو عَرْضًا بِعَرْضٍ ، جُعِلَ بينَهما عَدْلٌ ، فيَقْبِضُ مِنهما ، ثم يُسَلِّمُ إليهما . وهذا قولُ الثَّوْرِىِّ ، وأحدُ قَوْلَىِ[10] الشّافِعِىِّ . وعن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنّ البائِعَ يُجْبَرُ على تَسْلِيمِ المَبِيعِ على الإطلاقِ . وهو قولٌ ثانٍ للشّافِعِىِّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ : يُجْبَرُ المُشْتَرِى على تَسْلِيمِ الثَّمَنِ ؛ لأنّ للبائِعِ حَبْسَ المَبِيعِ على تَسْلِيمِ الثَّمَنِ ، ومَنِ اسْتَحَقَّ ذلك لم يَكُنْ عليه التَّسْلِيمُ قبلَ الاسْتِيفاءِ ، كالمُرْتَهِنِ . ولنا ، أنّ تَسْلِيمَ المَبِيعِ يَتَعَلَّقُ به اسْتِقْرارُ البَيْعِ وتَمامُه ، / فكان تَقْدِيمُه أوْلَى ، سِيَّما مع تَعَلُّقِ الحَقِّ[11] بعَيْنِه ،   ١٢/٥ ظ

---

(١٠) فى الأصل : « أقوال » .

(١١) فى م : « الحكم » .

وتَعَلُّقِ حَقِّ البائِعِ بالذِّمَّةِ ، وتَقْدِيمُ ما تَعَلَّقَ بالعَيْنِ أَوْلَى ؛ لِتَأَكُّدِه ، ولذلك يُقَدَّمُ الدَّيْنُ الذى به الرَّهْنُ فى ثَمَنِه على ما تَعَلَّقَ بالذِّمَّةِ ، ويُخالِفُ الرَّهْنَ ؛ فإنَّه لا تَتَعَلَّقُ به مَصْلَحَةُ عَقْدِ الرَّهْنِ ، والتَّسْلِيمُ هٰهُنا يَتَعَلَّقُ به مَصْلَحَةُ عَقْدِ البَيْعِ . وأمَّا إذا كان الثَّمَنُ عَيْنًا ، فقد تَعَلَّقَ الحَقُّ بعَيْنِه أيضًا ، كالمَبِيعِ ، فاسْتَوَيا ، وقد وَجَبَ لكُلِّ واحدٍ منهما على صاحِبِه حَقٌّ ، قد اسْتَحَقَّ قَبْضَه ، فأُجْبِرَ كُلُّ واحدٍ منهما على إيفاءِ صاحِبِه حَقَّه[12] . ووَجْهُ الرِّوايَةِ الأُخْرَى ؛ أنَّ الذى يَتَعَلَّقُ به اسْتِقْرارُ البَيْعِ وتمامُه هو المَبِيعُ[13] ، فوَجَبَ تَقْدِيمُه . ولأنَّ الثَّمَنَ لا يَتَعَيَّنُ بالتَّعْيِينِ ، فأشْبَهَ غيرَ المُعَيَّنِ . إذا ثَبَتَ هذا ، وأوْجَبْنا التَّسْلِيمَ على البائِعِ ، فسَلَّمَهُ ، فلا يَخْلُو المُشْتَرِى مِن أنْ يَكُونَ مُوسِرًا ، أو مُعْسِرًا ، فإنْ كان مُوسِرًا والثَّمَنُ معه ، أُجْبِرَ على تَسْلِيمِه ، وإنْ كان غَائِبًا قَرِيبًا فى بَيْتِه أو بَلَدِه ، حُجِرَ عليه فى المَبِيعِ وسائِرِ مالِه ، حتى يُسَلِّمَ الثَّمَنَ ، خَوْفًا مِن أنْ يَتَصَرَّفَ فى مالِه تَصَرُّفًا يَضُرُّ بالبائِعِ ، وإنْ كان غَائِبًا عن البَلَدِ فى مسافةِ القَصْرِ ، فالبائِعُ مُخَيَّرٌ بينَ أنْ يَصْبِرَ إلى أنْ يُوجَدَ ، وبينَ فَسْخِ العَقْدِ ؛ لأنَّه قد تَعَذَّرَ عليه الثَّمَنُ ، فهو كالمُفْلِسِ ، وإنْ كان دُونَ مسافةِ القَصْرِ ، فله الخِيارُ فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا عليه . والثّانى ، لا خِيارَ له ؛ لأنَّ ما دُونَ مَسافةِ القَصْرِ بِمَنْزِلَةِ الحاضِرِ . وإنْ كان المُشْتَرِى مُعْسِرًا ، فللبائِعِ الفَسْخُ فى الحالِ ، والرُّجُوعُ فى المَبِيعِ . وهذا كُلُّه مذهبُ الشّافِعِىِّ . ويَقْوَى عِنْدِى أنَّه لا يَجِبُ عليه تَسْلِيمُ المَبِيعِ ، حتى يُحْضِرَ الثَّمَنَ ، ويَتَمَكَّنَ المُشْتَرِى مِن تَسْلِيمِه ؛ لأنَّ البائِعَ إنَّما رَضِىَ بِبَذْلِ المَبِيعِ بالثَّمَنِ ، فلا يَلْزَمُه دَفْعُه قبلَ حُصُولِ عِوَضِه ، ولأنَّ المُتَعاقِدَيْنِ سواءٌ فى المُعاوَضَةِ ، فيَسْتَوِيانِ فى التَّسْلِيمِ ، وإنَّما يُؤَثِّرُ ما ذُكِرَ مِن التَّرْجِيحِ فى تَقْدِيمِ التَّسْلِيمِ مع حُضُورِ العِوَضِ الآخَرِ ؛ لعَدَمِ الضَّرَرِ فيه ، وأمَّا مع الخَطَرِ[14] المُحْوِجِ إلى الحَجْرِ ، أو المَحْجُوزِ للفَسْخِ ، فلا يَنْبَغِى أنْ يَثْبُتَ . ولأنَّ شَرْعَ

---

(12) سقط من : الأصل .

(13) فى م : « البيع » .

(14) فى م : « الحظر » .

الحَجْرِ لا يَنْدَفِعُ به الضَّرَرُ . ولأنَّه يَقِفُ على الحاكِمِ ، ويَتَعَذَّرُ[١٥] ذلك فى الغالِبِ . ولأنَّ ما أثْبَتَ الحَجْرَ والفَسْخَ / بَعْدَ التَّسْلِيمِ ، فهو أوْلَى أنْ يَمْنَعَ التَّسْلِيمَ ؛ لأنَّ المَنْعَ أسْهَلُ مِن الرَّفْعِ ، والمَنْعُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ أسْهَلُ مِن المَنْعِ بعدَه ، ولذلك مَلَكَتِ المَرْأَةُ مَنْعَ نَفْسِها قبلَ قَبْضِ صَداقِها ، قبلَ تَسْلِيمِ نَفْسِها ، ولم تَمْلِكْهُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ . ولأنَّ للبَائِعِ مَنْعَ المَبِيعِ قبلَ قَبْضِ ثَمَنِه ، أو كَوْنِه بمَنْزِلَةِ المَقْبُوضِ ؛ لإِمكانِ تَقْبِيضِه ، وإلَّا[١٦] فلا ، وكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنا : له الفَسْخُ . فله ذلك بغيرِ حُكْمِ حاكِمٍ ؛ لأنَّه فَسْخٌ للبَيْعِ للإِعسارِ بثَمَنِه ، فمَلَكَه البائِعُ ، كالفَسْخِ فى عَيْنِ مالِه إذا أفْلَسَ المُشْتَرِى . وكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنا : يُحْجَرُ عليه . فذلك إلى الحاكِمِ ؛ لأنَّ وِلايَةَ الحَجْرِ إليه .

١٣/٥ و

فصل : فإنْ هَرَبَ المُشْتَرِى قَبْلَ وَزْنِ الثَّمَنِ ، وهو مُعْسِرٌ ، فللبائِعِ الفَسْخُ فى الحالِ ؛ لأنَّه إذا مَلَكَ الفَسْخَ مع حُضُورِه ، فمع هَرَبِهِ أوْلَى . وإنْ كان مُوسِرًا أثْبَتَ البائِعُ ذلك عِنْدَ الحاكِمِ ، ثم إنْ وَجَدَ الحاكِمُ له مالًا[١٧] قَضاه ، وإلَّا باعَ المَبِيعَ ، وقَضَى ثَمَنَه منه ، وما فَضَلَ فهو للمُشْتَرِى ، وإنْ أعْوَزَ ففى ذِمَّتِه . ويَقْوَى عِنْدِى أنَّ للبائِعِ الفَسْخَ بكُلِّ حالٍ ؛ لأنَّنا أبَحْنا له الفَسْخَ مع حُضُورِه ، إذا كان الثَّمَنُ بَعِيدًا عن البَلَدِ ، لِمَا عليه مِن ضَرَرِ التَّأْخِيرِ ، فهٰهُنا مع العَجْزِ عن الاسْتِيفاءِ بكُلِّ حالٍ أوْلَى . ولا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ بِرَفْعِ الأمرِ إلى الحاكِمِ ؛ لعَجْزِ البائِعِ عن إثباتِه عندَ الحاكِمِ ، وقد يَكُونُ البَيْعُ فى مكانٍ لا حاكِمَ فيه ، والغالِبُ أنَّه لا يَحْضُرُه مَن يَقْبَلُ الحاكِمُ شَهادَتَه ، فإحالَتُه على هذا تَضْيِيعٌ لمالِه . وهذه الفُرُوعُ تُقَوِّى ما ذَكَرْتُه ، مِن أنَّ للبائِعِ مَنْعَ المُشْتَرِى مِن قَبْضِ المَبِيعِ قَبْلَ إحضارِ ثَمَنِه ؛ لِمَا فى ذلك مِن الضَّرَرِ .

---

(١٥) فى الأصل : « ويعذر » .

(١٦) فى الأصل : « ومالا » .

(١٧) فى الأصل زيادة : « وإلا » .

فصل : وليس للبائعِ الامْتِناعُ مِن تَسْلِيمِ المَبِيعِ بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ لأجلِ الاسْتِبْرَاءِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشّافِعِىُّ . وحُكِىَ عن مالِكٍ فى القَبِيحَةِ . وقال فى الجَمِيلَةِ : يَضَعُها على يَدَىْ عَدْلٍ حتى تُسْتَبْرَأَ ؛ لأنَّ التُّهْمَةَ تَلْحَقُه فيها ، فَمُنِعَ منها . ولنا ، أنّه بَيْعُ عَيْنٍ لا خِيارَ فيها ، قد قَبَضَ ثَمَنَها ، فوَجَبَ تَسْلِيمُها ، كسائِرِ المَبِيعاتِ ، وما ذَكَرُوه مِن التُّهْمَةِ لا يُمَكِّنُه مِن التَّسَلُّطِ على مَنْعِه من قَبْضِ مَمْلُوكَتِه ، كالقَبِيحَةِ . [18]ولأنّه إذا[18] كان استَبْرَأها قبلَ بَيْعِها / ، فاحْتِمالُ وُجُودِ الحَمْلِ فيها بَعِيدٌ نادِرٌ ، وإنْ كان لم يَسْتَبْرِئْها ، فهو تَرَكَ التَّحَفُّظَ لنَفْسِه . ولو طالَبَ المُشْتَرِى البائِعَ بكَفِيلٍ ، لِئَلّا تَظْهَرَ حامِلًا ، لم يَكُنْ له ذلك ؛ لأنّه تَرَكَ التَّحَفُّظَ لنَفْسِه حالَ العَقْدِ ، فلم يَكُنْ له كَفِيلٌ ، كما لو طَلَبَ كَفِيلًا بالثَّمَنِ المُؤَجَّلِ .

١٢/٥ ظ

٧٥٥ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْآبِقِ)

وجُمْلَتُه ؛ أنَّ بَيْعَ العَبْدِ الآبِقِ لا يَصِحُّ ، سواءٌ عَلِمَ مكانَه ، أو جَهِلَه . وكذلك ما فى معناه مِن الجَمَلِ الشّارِدِ ، والفَرَسِ العائِرِ[1] ، وشِبْهِهِما . وبهذا قال مالِكٌ ، والشّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ عن ابن عمرَ أنّه اشْتَرَى مِن بعضِ وَلَدِهِ بَعِيرًا شارِدًا . وعن ابنِ سِيرِينَ ؛ لا بَأْسَ ببَيْعِ الآبِقِ ، إذا كان عِلْمُهما فيه واحِدًا . وعن شُرَيْحٍ مِثْلُه . ولنا ، ما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، قال : نَهَى رسولُ اللهِ ﷺ [2]عن بَيْعِ الحَصاةِ و[2] عن بَيْعِ الغَرَرِ . رواه مُسْلِمٌ[3] . وهذا بَيْعُ غَرَرٍ . ولأنّه غيرُ مَقْدُورٍ على تَسْلِيمِه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كالطَّيْرِ فى الهواءِ ، فإنْ حَصَلَ فى يَدِ إنسانٍ ، جازَ بَيْعُه ؛ لإمكانِ تَسْلِيمِه .

(١٨ - ١٨) فى الأصل : « ولكنه إن » .

(١) الفرس العائر : الذى انفلت من صاحبه .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

ويأتى تفسير بيع الحصاة فى الفصل الأول ، من المسألة ٧٥٩ .

(٣) فى : باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذى فيه غرر ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٣/٣ . =

٧٥٦ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَا الطَّائِرِ قَبْلَ أنْ يُصَادَ)

وجُمْلَةُ ذلك ؛ أنَّه إذا باعَ طائِرًا فى الهواءِ ، لم يَصِحَّ ، مَمْلُوكًا أو غيرَ مَمْلُوكٍ ؛ أمَّا المَمْلُوكُ ؛ فلأنَّه غيرُ مَقْدُورٍ عليه ، وغيرُ المَمْلُوكِ ، لا يَجُوزُ لِعِلَّتَيْنِ ؛ إحداهما ، العَجْزُ عن تَسْلِيمِه ، والثَّانيةُ ، أنَّه غيرُ مَمْلُوكٍ له . والأصلُ فى هذا نَهْىُ النَّبىِّ ﷺ عن بَيْعِ الغَرَرِ[1] . وقيل فى تَفْسِيرِه : هو بَيْعُ الطَّيْرِ فى الهواءِ ، والسَّمَكِ فى الماءِ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا . ولا فَرْقَ بينَ كَوْنِ الطَّائِرِ يَأْلَفُ الرُّجُوعَ ، أو لَا يأْلَفُه ؛ لأنَّه لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه الآنَ ، وإنَّما يَقْدِرُ عليه إذا عادَ . فإنْ قيل : فالغائِبُ فى مكانٍ بَعِيدٍ ، لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه فى الحالِ ! قلنا : الغائِبُ يَقْدِرُ على اسْتِحْضارِه ، والطَّيْرُ لا يَقْدِرُ صاحِبُه على رَدِّهِ ، إلَّا أنْ يَرْجِعَ هو بنَفْسِه ، ولا يَسْتَقِلُّ مالِكُه بردِّه ، فيَكُونُ عَاجِزًا عن تَسْلِيمِه ، لعَجْزِه عن الواسِطَةِ التى يَحْصُلُ بها تَسْلِيمُهُ ، بخِلافِ الغائِبِ . وإنْ باعَهُ الطَّيْرَ فى البُرْجِ ، نَظَرْتَ ؛ فإنْ كان البُرْجُ مَفْتُوحًا ، لم يَجُزْ ؛ لأنّ الطَّيْرَ / إذا قَدَرَ على الطَّيَرانِ لم يُمْكِنْ تَسْلِيمُه ، فإنْ كان مُغْلَقًا ويُمْكِنُ أخْذُه ، جازَ بَيْعُه . وقال القاضِى : إنْ لم يُمكنْ أخذُه إلَّا بِتَعَبٍ ومَشَقَّةٍ ، لم يَجُزْ بَيْعُه ؛ لِعَدَمِ القُدْرَةِ على تَسْلِيمِه . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وهو مُلْغًى بالبَعِيدِ الذى لا يُمكنُ إحْضارُه إلَّا بِتَعَبٍ ومَشَقَّةٍ . وفَرَّقُوا بينهما ، بأنَّ البَعِيدَ تُعْلَمُ الكُلْفَةُ التى يَحْتاجُ إليها فى إحْضارِه بالعادَةِ ، وتَأْخِيرُ التَّسْلِيمِ مُدَّتُه مَعْلُومَةٌ ، ولا كذلك فى إمْساكِ الطَّائِرِ . والصَّحِيحُ ، إنْ شاء اللهُ تعالى ، أنَّ تَفاوُتَ المُدَّةِ فى إحْضارِ البَعِيدِ[2] ، واخْتِلافَ

١٤/٥ و

= كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الغرر ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٢٨ . والنسائى ، فى : باب بيع الحصاة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٣٠ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٩ . والدارمى ، فى : باب فى بيع الحصاة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٥٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٥٠ ، ٣٧٦ ، ٤٣٦ ، ٤٣٩ ، ٤٩٦ .

(١) تقدم تخريج الحديث فى المسألة السابقة .

(٢) فى الأصل ، م : « ولا البعيد » .

المَشَقَّةِ أكْثَرُ من التَّفاوُتِ والاخْتِلافِ فى إمْساكِ طائِرٍ من البُرْجِ ، والعادَةُ تكونُ فى هذا ، كالعادَةِ فى ذاك ، فإذا صَحَّ فى البَعِيدِ مع كَثْرَةِ التَّفاوُتِ ، وشِدَّةِ اخْتِلافِ المَشَقَّةِ ، فهذا أوْلَى .

٧٥٧ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَا السَّمَكِ فى الآجامِ[(١)])

هذا قولُ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . رُوِىَ عن ابن مَسْعُودٍ ، أنَّه نَهَى عَنْه ، قال : إنَّه غَرَرٌ . وكَرِهَ ذلك الحَسَنُ ، والنَّخَعِىُّ ، ومالِكٌ ، وأبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ ، وأبو ثَوْرٍ . ولا نَعْلَمُ لهم مُخالِفًا ؛ لما ذَكَرْنا من الحَدِيثِ . والمعنى لا يجوزُ بَيْعُه فى الماءِ إلَّا أنْ يَجْتَمِعَ ثلاثةُ شُرُوطٍ ؛ أحَدُها ، أنْ يكونَ مَمْلُوكًا . الثانى ، أنْ يكونَ الماءُ رَقِيقًا ، لا يَمْنَعُ مُشاهَدَتَه ومَعْرِفَتَه . الثالثُ ، أنْ يُمكنَ اصْطِيادُه وإمْساكُه . فإن اجْتَمَعَتْ هذه الشُّرُوطُ ، جازَ بَيْعُه ؛ لأنَّه مَمْلُوكٌ مَعْلُومٌ مقْدُورٌ[(٢)] على تسْلِيمِه ؛ فجازَ بَيْعُه ، كالمَوْضُوعِ فى الطَّسْتِ . وإن اخْتَلَّ شَرْطٌ مما ذَكَرْنا ، لم يَجُزْ بَيْعُه ؛ لذلك . وإن اخْتَلَّتِ الثلاثةُ ، لم يَجُزْ بَيْعُه ؛ لِثَلاثِ عِلَلٍ . وإن اخْتَلَّ اثْنانِ منها ، لم يَجُزْ بَيْعُه ؛ لِعِلَّتَيْنِ . ورُوِىَ عن عُمَرَ بن عبد العَزِيزِ ، وابنِ أبى لَيْلَى فى مَن له أجَمَةٌ يَحْبِسُ السَّمَكَ فيها ، يجوزُ بَيْعُه ؛ لأنَّه يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه ظاهِرًا ، أشْبَهَ ما يَحْتاجُ إلى مُؤْنَةٍ فى كَيْلِه وَوَزْنِه ونَقْلِه . ولَنا ، ما رُوِىَ عن ابنِ عُمرَ وابنِ مَسْعُودٍ ، أنَّهما قالا : لا تَشْتَرُوا السَّمَكَ فى الماءِ ، فإنَّه غَرَرٌ[(٣)] . ولأنَّ النبىَّ ﷺ : نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ[(٤)] ، وهذا منه . ولأنَّه لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه إلَّا بعد اصْطِيادِه ،

---

(١) الأجمة ، بالفتح : كل بيت مربع مسطح .

(٢) فى م : « مقدر » .

(٣) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن بيع السمك فى الماء ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٤٠/٥ . والهيثمى ، فى : باب بيع الغرر وما نهى عنه ، من كتاب البيوع . مجمع الزوائد ٨٠/٤ . كلاهما عن ابن مسعود مرفوعا وموقوفا .

(٤) تقدم تخريجه فى المسألة السابقة .

١٤/٥ ظ أشْبَهَ الطَّيْرَ فى الهواءِ ، والعَبْدَ / الآبِقَ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ ، فلم يَصِحَّ بَيْعُه ، كاللَّبَنِ فى الضَّرْعِ ، والنَّوَى فى التَّمْرِ ، ويُفارِقُ ما ذَكَرُوه ؛ لأنَّ ذلك من مُؤْنَةِ القَبْضِ ، وهذا يَحْتاجُ إلى مُؤْنَةٍ لِيُمْكنَ قَبْضُه ، فأمَّا إنْ كانت له بِرْكَةٌ فيها سَمَكٌ له يمكنُ اصْطِيادُه بغيرِ كُلْفَةٍ ، والماءُ رَقِيقٌ لا يَمْنَعُ مُشاهَدَتَه ، صَحَّ بَيْعُه ، وإنْ لم يُمكن إلَّا بِمَشَقَّةٍ ، وكُلْفَةٍ يَسِيرَةٍ[٥] ، بمَنْزِلَةِ كُلْفَةِ اصْطِيادِ الطَّائِرِ من البُرْجِ ، فالقولُ فيه كالقولِ فى بَيْعِ الطَّائِرِ فى البُرْجِ ، على ما ذَكَرْنا فيه من الخِلافِ . وإن كانت كَثِيرَةً ، وتَتَطاوَلُ المُدَّةُ فيه ، لم يَجُزْ بَيْعُه ؛ لِلْعَجْزِ عن تَسْلِيمِه ، والجَهْلِ لِوَقْتِ إمْكانِ التَّسْلِيمِ .

فصل : إذا أعَدَّ بِرْكَةً ، أو مِصْفاةً ؛ لِيَصْطادَ فيها السَّمَكَ ، فحَصَلَ فيها سَمَكٌ مَلَكَه ؛ لأنَّه آلَةٌ مُعَدَّةٌ للاصْطِيادِ ، فأشْبَه الشَّبَكَةَ . ولو اسْتَأْجَرَ البِرْكَةَ ، أو الشَّبَكَةَ ، أو اسْتَعارَهما للاصْطِيادِ ، جازَ ، وما حَصَلَ فيهما مَلَكَه . وإنْ كانت البِرْكَةُ غيرَ مُعَدَّةٍ للاصْطِيادِ ، لم يَمْلِكْ ما حَصَلَ فيها من السَّمَكِ ؛ لأنَّها غيرُ مُعَدَّةٍ له ، فأشْبَهَتْ أرْضَه إذا دَخَلَ فيها صَيْدٌ ، أو حَصَلَ فيها سَمَكٌ . ومتى نَصَبَ شَبَكَةً ، أو شَرَكًا ، أو فَخًّا ، أو أُحْبُولَةً ، مَلكَ ما وَقَعَ فيها من الصَّيْدِ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ يَدِه . وكذلك لو نصَبَ المَناجِلَ لِلصَّيْدِ ، وسَمَّى فَقتلَتْ صَيْدًا ، حَلَّ له أكْلُه ، وكان كذَبْحِه . ولو وَقَعَ فى شَبَكَتِه أو شِبْهِها شىءٌ كان مَضْمُونًا عليه ، فعُلِمَ بذلك ، أنَّه كيَدِه . ولو أعَدَّ لِمِيَاهِ الأمْطارِ مَصانِعَ[٦] ، أو بِرَكًا ، أو أوانِىَ ؛ لِيَحْصُلَ فيها الماءُ ، مَلَكَه بحُصُولِه فيها ؛ لأنَّها فى بابِ الإعْدادِ ، كالشِّباكِ للاصْطِيادِ . ولو أعَدَّ سَفِينَةً للاصْطِيادِ ، كالتى يُجْعَلُ فيها الضَّوْءُ ويُضْرَبُ صَوانِى الصُّفْرِ[٧] ؛ لِيَثِبَ السَّمَكُ فيها ، كان حُصُولُه فيها كحُصُولِه فى شَبَكَتِه ؛ لِكَوْنِها صارَتْ من الآلاتِ المُعَدَّةِ له ، ولو لم يُعِدَّها لذلك ، لم يَمْلِكْ ما وَقَعَ فيها . ومن سَبَقَ إليه فأخَذَه مَلَكَه ،

---

(٥) فى الأصل : « وكانت يسيرة » .

(٦) جمع مصنع ، وهو حوض شبه الصهريج ، يجمع فيه ماء المطر .

(٧) نوع من النحاس .

كالأرْضِ التى لم تُعَدَّ للاصْطِيادِ ، مثلُ أرْضِ الزَّرْعِ إذا دَخلَها ماءٌ فيه سَمَكٌ ، ثم نَضَبَ عنه ، أو حَلَّ[8] فيها ظَبْىٌ ، أو عَشَّشَ فيها طائِرٌ ، أو سَقَطَ فيها جَرادٌ ، أو حَصَلَ فيها مِلْحٌ ، لم يَمْلِكْه / صاحِبُها ؛ لأنَّه ليس من نَماءِ الأرضِ ، ولا ممَّا هى مُعَدَّةٌ له ، لكنَّه يكونُ أحَقَّ به ، إذ ليس لغيرِه التَّخَطِّى فى أرضِه ، ولا الانْتِفاعُ بها ، فإنْ تَخَطَّى وأخَذَه ، أخْطأَ ومَلَكَه . قال أحمدُ فى وَرَشَانٍ[9] على نَخْلَةِ قومٍ ، صادَه إنْسانٌ : هو للصَّائِدِ . وقال فى طَيْرةٍ[10] لِقَوْمٍ أفْرَخَتْ فى دارِ جيرانِهِمْ : إنَّ الفَرْخَ يَتْبَعُ الأُمَّ ، يُرَدُّ فِراخُها على أصْحابِ الطَّيْرةِ . واخْتارَ ابنُ عَقِيلٍ ، فى المَأْخُوذِ من أمْلاكِ الناسِ ، من صَيْدٍ وكَلأٍ وشِبْهِه ، أنَّه لا يَمْلِكُه بأخْذِه ؛ لأنَّه سَبَبٌ مَنْهِىٌّ عنه ، فلم يُفِدِ المِلْكَ ، كالبَيْعِ المَنْهِىِّ عنه ، إذ السَّبَبُ لا يَخْتَلِفُ بين كونِه بَيْعًا ، أو غيرَه ؛ لقولِه عليه السَّلامُ : « مَنْ عَمِلَ[11] عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْه أمْرُنا ، فَهُو رَدٌّ »[12] . والصَّحِيحُ الأوَّلُ . ولا نُسَلِّمُ أنَّ السَّبَبَ مَنْهِىٌّ عنه ، فإنَّ السَّبَبَ الأخْذُ ، وليس بمَنْهِىٍّ عنه ، إنَّما نُهِىَ عن الدُّخُولِ ، وهو غيرُ السَّبَبِ ، بخِلافِ البَيْعِ ، ولأنَّ النَّهْىَ هٰهُنا لِحَقِّ آدَمِىٍّ ، فلا يَمْنَعُ المِلْكَ ، كبَيْعِ المُصَرَّاةِ ، والمَعِيبِ ، وتَلَقِّى الرُّكْبانِ ، والنَّجْشِ ، وبَيْعِه على بَيْعِ أخِيه . ولو أعَدَّ أرْضَه لِلْمِلْحِ ، فجَعَلَها مَلَّاحةً ؛ لِيَحْصُلَ فيها الماءُ ، فيَصِيرَ مِلْحًا ، كالأرْضِ التى على ساحِلِ البَحْرِ ، يَجْعَلُ إليها طَرِيقًا للماءِ ، فإذا امْتَلأَتْ قَطَعَهُ عنها ، أو تكونُ أرْضُه سَبِخَةً ، يَفْتَحُ إليها الماءَ[13] من عينٍ ، أو يَجْمَعُ فيها ماءَ المَطَرِ ، فيَصِيرُ مِلْحًا ، ملَكَه بذلك ؛ لأنَّها مُعَدَّةٌ له ، فأشْبَهَتِ البِرْكَةَ المُعَدَّةَ لِلصَّيْدِ . وإنْ لم يكن أعَدَّها لذلك ، لم يَمْلِكْ ما حَصَلَ فيها ، كما قَدَّمْنا فى مِثْلِها . فإنْ قيل : فقد رُوِىَ عن أحمدَ ، فى إنْسانٍ رَمَى طيرًا بِبُنْدُقٍ ، فوَقَعَ فى دارِ

١٥/٥ و

(٨) فى م : « دخل » .

(٩) الورشان : طائر يسمى ساق حُرٍّ ، لحمه أخفُّ من الحمام .

(١٠) كذا ورد .

(١١) سقط من : م .

(١٢) تقدم تخريجه فى ٢٠٥/٥ ، ٢٠٦ .

(١٣) سقط من : الأصل .

قَوْمٍ ، فهو لهم دُونَه . وهذا يَدُلُّ على أنَّهم مَلَكُوه بحُصُولِه فى دَارِهم . قُلْنا : هذا مَحْمُولٌ على أنَّه وَقَعَ مُمْتَنِعًا ، فصادَه أهْلُ الدَّارِ ، فمَلَكُوه باصْطِيادِهِمْ . كذلك قال ابنُ عَقِيلٍ . ويَتَعَيَّنُ حَمْلُه على هذا ؛ لأنَّهم إذا لم يَمْلِكُوا ما حَصَلَ فى دارِهِم بِفِعْلِ اللهِ تعالى ، فما حَصَلَ بِفِعْلِ آدَمِىٍّ أوْلَى . ولأنَّه وَقَعَ فى الدَّارِ بعدَ الضَّرْبَةِ المُثْبِتةِ له ، التى يُمْلَكُ بها الصَّيْدُ ، فأشْبَه مالو أطارَتِ الرِّيحُ ثَوْبَ إنْسانٍ ، فألْقَتْهُ فى دارِهِمْ .

١٥/٥ ظ ولو كانت آلَةُ / الصَّيْدِ ، كالشَّبَكَةِ ، والشَّرَكِ ، والمَناجِلِ ، غيرَ مَنْصُوبَةٍ للصَّيْدِ ، ولا قُصِدَ بها الاصْطِيادُ ، فتَعَلَّقَ بها صَيْدٌ لم يَمْلِكْهُ صاحِبُها بذلك ؛ لأنَّها غيرُ مُعَدَّةٍ لِلصَّيْدِ فى هذه الحال ، فأشْبَهَتِ الأرْضَ التى ليست مُعَدَّةً له .

فصل : وما حَصَلَ من الصَّيْدِ فى كَلْبِ إنْسانٍ أو صَقْرِه أو فَهْدِه ، وكان اسْتَرْسَلَ بإرْسالِ صاحِبِه ، فهو له ؛ لأنَّه آكَدُ مِن الشَّبَكَةِ ؛ لأنَّه حَيَوانٌ يَحْصُلُ بِفِعْلِه ، وقَصْدِه ، وإرْسالِ صاحِبِه ، فهو كسَهْمِه ، ولأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَكُلُواْ مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾[١٤] . وإنِ اسْتَرْسَلَ بنَفْسِه ، فحُكْمُه حُكْمُ الصَّيْدِ الحاصِلِ فى أرْضِ إنْسانٍ ، فى أنَّه لا يَمْلِكُه ، وليس لغيرِه أخْذُه ، فإنْ أخَذَه غيرُه مَلَكَه ، كالكَلَأِ . وكذلك ما يَحْصُلُ فى بَهِيمةِ إنْسانٍ من الحَشِيشِ فى المَرْعَى .

٧٥٨ ـ مسألة ؛ قال : (والوَكِيلُ إذا خالَفَ فَهُوَ ضَامِنٌ ، إلَّا أنْ يَرْضَى الآمِرُ ، فيَلْزَمُهُ)

وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الوَكِيلَ إذا خالَفَ مُوَكِّلَه ، فاشْتَرَى غيرَ ما أمَرَه بِشِرائه ، أو باعَ ما لم يُؤْذَنْ له فى بَيْعِهِ ، أو اشْتَرَى غيرَ ما عُيِّنَ له ، فَعَلَيه ضَمانُ ما فَوَّتَ على المالِكِ ، أو تَلِفَ ؛ لأنَّه خَرَجَ عن حالِ الأمانةِ ، وصارَ بمَنْزِلَةِ الغاصِبِ ، فأمَّا قولُه : « إلَّا أنْ يَرْضَى الآمِرُ ، فيَلْزَمُه » . يَعْنِى إذا اشْتَرَى غيرَ ما أُمِرَ بشِرائِه ، بِثَمَنٍ فى ذِمَّتِه ، فإنَّ الشِّراءَ صَحِيحٌ ، ويَقِفُ على إجازَةِ المُوَكِّلِ ، فإنْ أجازَه لَزِمَه ، وعليه الثَّمَنُ ،

---

(١٤) سورة المائدة ٤ .

وإنْ لم يَقْبَلْ ، لَزِمَ الوَكِيلَ ، ويَتَعَيَّنُ حَمْلُه على هذه الصُّورَةِ ؛ لأنَّه قد بَيَّنَ فى مَوْضِعٍ آخَرَ . فقال : إلَّا أنْ يكونَ اشْتَراه بِعَيْنِ المالِ ، فَيَبْطُلُ الشِّراءُ . وذَكَرَه فى كِتابِ العِتْقِ أيضا ، فلذلك تَعَيَّنَ حَمْلُ هذه المَسْأَلَةِ على ما قُلْنا . وإنَّما صَحَّ الشِّراءُ ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ فى ذِمَّتِه ، لا فى مالِ غيرِه ، وسَواءٌ نَقَدَ الثَّمنَ من مالِ المُوَكِّلِ ، أمْ لا ؛ لأنَّ الثَّمَنَ هو الذى فى الذِّمَّةِ ، والذى نَقَدَه عِوَضُه ، ولذلك قُلْنا : إنَّه إذا اشْتَرَى فى الذِّمَّةِ ، ونَقَدَه الثَّمَنَ بعدَ ذلك ، كان له البَدَلُ . وإنْ خَرَجَ مَغْصُوبًا ، لم يَبْطُل العَقْدُ ، وإنَّما وَقَفَ على إجازَةِ الآمِرِ ؛ لأنَّه قَصَدَ الشِّراءَ له ، / فإنْ أجازَه لَزِمَه ، وعليه الثَّمَنُ ، وإنْ لم يَقْبَلْه ، لَزِمَ مَنِ اشْتَراه . ١٦/٥ و

فصل : وإن اشْتَرَى بِعَيْنِ مالِ الآمِرِ أو باعَ بغيرِ إذْنِه ، أو اشْتَرَى لغيرِ مُوَكِّلِه شَيْئًا بِعَيْنِ مالِه ، أو باعَ مالَه بغيرِ إذْنِه ، ففِيهِ رِوايَتانِ ؛ إحْدَاهما ، البَيْعُ باطِلٌ ، ويَجِبُ رَدُّه . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابن المُنْذِرِ . والثانية ، البَيْعُ والشِّراءُ صَحِيحانِ ، ويَقِفُ على إجازَةِ المالِكِ ، فإنْ أجازَه نَفَذَ ، ولَزِمَ البَيْعُ ، وإنْ لم يُجِزْه ، بَطَلَ ، وهذا مذهبُ مالِكٍ ، وإسْحاقَ ، وقولُ أبى حَنِيفَةَ فى البَيْعِ ، فأمَّا الشِّراءُ ، فعنده يَقَعُ لِلْمُشْتَرِى بكلِّ حالٍ . وَوَجْهُ هذه الرِّوايَةِ ، ما رَوَى عُرْوَةُ بن الجَعْدِ البارِقِىُّ رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ أعْطَاهُ دِينَارًا لِيَشْتَرِىَ به شَاةً ، فاشْتَرَى شاتَيْنِ ، ثم بَاعَ إحْدَاهُما بِدِينَارٍ فى الطَّرِيقِ ، قال : فأتَيْتُ النَّبِىَّ ﷺ بالدِّينَارِ والشَّاةِ ، فأخْبَرْتُه ، فقال : « بَارَكَ ٱللهُ فِى صَفْقَةِ يَمِينِكَ » . رواه الأثْرَمُ وابنُ ماجه[1] . ولأنَّه عَقْدٌ له مُجِيزٌ حالَ وُقُوعِه ، فيَجِبُ أنْ يَقِفَ على إجازَتِه ، كالوَصِيَّةِ . وَوَجْهُ الرِّوايَةِ الأُولَى ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ لِحَكِيمِ بن حِزامٍ : « لا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » .

---

(١) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الأمين يتجر فيه فيربح ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠٣/٢ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب حدثنى محمد بن المثنى ... ، من كتاب المناقب . صحيح البخارى ٢٥٢/٤ ، وأبو داود ، فى : باب فى المضارب يخالف ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٩/٢ . والترمذى ، فى : باب حدثنى أبو كريب ... ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٦٣/٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٧٦/٤ .

رَواهُ ابن ماجَه ، والتِّرمِذِىُّ[2] . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . يَعنى ما لا تَملِكُ ؛ لأنَّه ذَكَرَه جَوابًا له حين سَأَلَهُ ، أنَّه يَبِيعُ الشىءَ ، ثم يَمْضِى فَيَشْتَرِيه ويُسَلِّمُه[3] . ولِاتِّفاقِنا على صِحَّةِ بَيْعِ مالِهِ الغائِبِ ، ولأنَّه باعَ مالَا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه ، فأشْبَه الطَّيْرَ فى الهَواءِ ، والوَصِيَّةُ يَتَأَخَّرُ فيها القَبُولُ عن الإِيجابِ ، ولا يُعْتَبر أنْ يكونَ لها مُجِيزٌ حالَ وُقوعِ العَقْدِ ، ويجوزُ فيها من الغَرَرِ ، ما لا يجوزُ فى البَيْعِ ، فأمَّا حَدِيثُ عُرْوَةَ فنَحْمِلُه على أنَّ وَكالَتَه كانت مُطْلَقَةً ؛ بِدَلِيلِ أنَّه سَلَّمَ وَتَسَلَّمَ ، وليس ذلك لغيرِ المالِكِ باتِّفاقِنا .

فصل : ولا يجُوزُ أنْ يَبِيعَ عَيْنًا لا يَمْلِكُها ، لِيَمْضِىَ ويَشْتَرِيَها ، ويُسَلِّمَها ، رِوايةً واحِدَةً . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ ، ولا نَعْلَمُ فيه مُخالِفًا ؛ لأنَّ حَكِيمَ بن حِزَامٍ قال لِلنَّبِىِّ ﷺ : إنَّ الرَّجُلَ يَأْتِينِى ، فيَلْتَمِسُ من البَيْعِ ما عِنْدِى ، فأمْضِى إلى السُّوقِ فأَشْتَرِيه ، ثم أَبِيعُه منه ، فقال النبىُّ / ﷺ : « لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » . ١٦/٥ ظ

فصل : ولو باعَ سِلْعَةً ، وصاحِبُها حاضِرٌ ساكِتٌ ، فحُكْمُه حُكْمُ ما لو باعَها من غيرِ عِلْمِه ، فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ ، منهم : أبو حنيفةَ ، وأبو ثَوْرٍ[3] ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ[4] . وقال ابنُ أبِى لَيْلَى : سُكُوتُه إقْرارٌ ؛ لأنَّه دَلِيلٌ على الرِّضَى ، فأشْبَه سُكُوتَ البِكْرِ فى الإِذْنِ فى نِكاحِها . ولَنا ، أنَّ السُّكُوتَ مُحْتَمِلٌ ،

---

(٢) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع ما ليس عندك ... ، من كتاب التجارات ، سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٤١/٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥٤/٢ . والنسائى ، فى : باب بيع ماليس عند البائع ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٤/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٠٢/٣ ، ٤٣٤ .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : م .

فلم يكُنْ إذْنًا ، كَسُكُوتِ الثَّيِّبِ ، وفارَقَ سُكُوتَ البِكْرِ ؛ لِوُجُودِ الحَياءِ المانِعِ من الكَلامِ فى حَقِّها ، وليس ذلك بِمَوْجُودٍ هٰهُنا .

فصل : وإذا وَكَّلَ رَجُلَيْنِ فى بَيْعِ سِلْعَتِه ، فباعَ كُلُّ واحِدٍ منهما السِّلْعَةَ من رَجُلٍ ، بِثَمَنٍ مُسَمًّى ، فالبَيْعُ للأوَّلِ منهما ، رُوِىَ هذا عن شُرَيْحٍ ، وابنِ سِيرِينَ ، والشَّافِعِىِّ ، وابنِ المُنْذِرِ . وحُكِىَ عن رَبِيعَةَ ومالِكٍ أنَّهما قالا : هى لِلَّذِى بَدَأَ بالقَبْضِ . ولَنا ، أنَّه قد رُوِىَ فى حَدِيثٍ : « إذَا بَاعَ المُجِيزَانِ فَهُوَ لِلأوَّلِ » . رواه ابنُ ماجه[٥] ، ولأنَّ الوَكِيلَ الثانى زالَتْ وَكالَتُه بانْتِقالِ مِلْكِ المُوَكِّلِ عن السِّلْعَةِ ، فصارَ بائِعًا مِلْكَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قَبَضَ الأوَّلُ ، أو كما لو زَوَّجَ أحَدُ الوَلِيَّيْنِ بعدَ الأوَّلِ .

٧٥٩ ـ مسألة ؛ قال : (وبَيْعُ المُلَامَسَةِ والمُنَابَذَةِ غيْرُ جَائِزٍ)

لا نَعْلَمُ بين أهْلِ العِلْمِ خِلَافًا فى فَسادِ هذَيْنِ البَيْعَيْنِ ، وقد صَحَّ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، نَهَى عَنِ المُلَامَسَةِ والمُنَابَذَةِ . مُتَّفَقٌ عليه[١] . والمُلامسةُ ، أنْ يَبِيعَه شَيْئًا ،

---

(٥) فى : باب إذا باع المجيزان فهو للأول ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٨/٢ .

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يستر من العورة ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب بيع الملامسة ، وباب بيع المنابذة ، وباب بيع المخاضرة ، من كتاب البيوع ، وفى : باب اشتمال الصماء ، وباب الاحتباء فى ثوب واحد ، من كتاب اللباس ، وفى : باب الجلوس كيفما تيسر ، من كتاب الاستئذان . صحيح البخارى ١٠٣/١ ، ٩١/٣ ، ٩٢ ، ١٠٢ ، ١٩٠/٧ ، ١٩١ ، ٧٩/٨ . ومسلم ، فى : باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥١/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الغرر ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٨/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الملامسة والمنابذة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٤٥/٦ ، ٤٦ . والنسائى ، فى : باب بيع الملامسة ، وباب تفسير ذلك ، وباب بيع المنابذة ، وباب تفسير ذلك ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٨/٧ ـ ٢٣٠ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى النهى عن المنابذة والملامسة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٣/٢ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن المنابذة والملامسة ، من كتاب البيوع . سنن الدرامى ٢٥٣/٢ . والإمام مالك ، فى : باب الملامسة والمنابذة ، من كتاب البيوع ، وفى : باب ما جاء فى لبس الثياب ، من كتاب اللبس . الموطأ ٦٦٦/٢ ، ٩١٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٧٩/٢ ، ٤١٩ ، ٤٦٤ ، ٤٧٦ ، ٤٨٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٦ ، ٥٢١ ، ٥٢٩ ، ٦/٣ ، ٦٦ ، ٩٥ .

ولا يُشاهِدُه ، على أنَّه مَتَى لَمَسَه وَقَعَ البَيْعُ . والمُنابَذَةُ ، أن يقولَ : أىُّ ثَوبٍ نَبَذْتَه إلىَّ فَقَد اشْتَرَيْتُه بكذا . هذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ . ونحوَه قال مالِكٌ ، والأوزاعِىُّ . وفيما رَوَى البُخارِىُّ[2] أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ نَهَى عن المُنابَذَةِ ، وهى طَرْحُ الرَّجُلِ ثَوْبَه بِالبَيْعِ إلى الرَّجُلِ ، قبل أن يُقَلِّبَه أو يَنْظُرَ إليه ، ونَهَى عن المُلامَسَةِ ، لَمْسِ الثَّوْبِ لا يَنْظُرُ إليه . ورَوَى مُسْلِمٌ ، فى « صَحِيحِه »[3] ، عن أبى هُرَيْرَةَ ، فى تَفْسِيرِهما[4] قال : هو لَمْسُ كلِّ واحِدٍ مِنْهما ثَوْبَ صَاحِبِه بِغيرِ تَأَمُّلٍ . والمُنابَذَةُ ، أنْ يَنْبِذَ كلُّ واحِدٍ ثَوْبَه ، ولم يَنْظُرْ كلُّ واحِدٍ منهما إلى ثَوْبِ صَاحِبِه . وعلى ما فَسَّرْناه به لا يَصِحُّ البَيْعُ فيهما ؛ لِعِلَّتَيْنِ ؛ / إحْداهما ، الجَهالَةُ . والثانية ، كَوْنُه مُعَلَّقًا على شَرْطٍ ، وهو نَبْذُ الثَّوْبِ إليه ، أو لَمْسُه له . وإن عَقَدَ البَيْعَ قبلَ نَبْذِه ، فقال : بِعْتُكَ ما تَلْمِسُه مِن هذه الثِّيابِ . أو ما أنْبِذُه إليك . فهو غيرُ مُعَيَّنٍ ولا مَوْصُوفٍ ، فأشْبَه ما لو قال : بِعْتُكَ واحِدًا منهما[5] .

17/5 و

فصل : ومن البُيُوعِ المَنْهِىِّ عنها ، بَيْعُ الحَصاةِ . فإنَّ أبا هُرَيْرَةَ رَوَى ، أنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الحَصَاةِ . رواه مُسْلِمٌ[6] . واخْتُلِفَ فى تَفْسِيرِه ، فقيل : هو أن يقولَ : ارْمِ هذه الحَصاةَ ، فعَلَى أىِّ ثَوْبٍ وَقَعَتْ ، فهو لك بِدِرْهَمٍ . وقيل : هو أن يقولَ : بِعْتُكَ من هذه الأرضِ مِقْدارَ ما تَبْلُغُ هذه الحَصاةُ ، إذا رَمَيْتَها ، بكذا . وقيل : هو أن يقولَ : بِعْتُكَ هذا بكذا ، على أنِّى مَتَى رَمَيْتُ هذه الحَصَاةَ ، وَجَبَ البَيْعُ . وكلُّ هذه البُيُوعِ فاسِدَةٌ ؛ لما فيها من الغَرَرِ والجَهْلِ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا .

---

(2) فى : باب بيع الملامسة ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى 3/91 .
(3) فى : باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم 3/1152
(4) فى م : « تفسيرها » .
(5) سقط من : « م » .
(6) تقدم تخريجه فى صفحة 289 .

فصل : ورَوَى أنسٌ قال : نَهَى رسولُ اللهِ ﷺ عن المُحَاقَلَةِ ، والمُخَاضَرَةِ ، والمُلَامَسَةِ ، والمُنَابَذَةِ . أخْرَجَه البُخارِيُّ[7] . والمخاضَرَةُ ، بَيْعُ الزَّرْعِ الأَخْضَرِ ، والثَّمَرَةِ قبل بُدُوِّ صَلاحِها ، بغير شَرْطِ القَطْعِ . والمُحَاقَلَةُ ، بَيْعُ الزَّرْعِ بِحَبٍّ من جِنْسِه . قال جَابِرٌ : المُحَاقَلَةُ ، أن يَبِيعَ الزَّرْعَ بمائةِ فَرَقٍ حِنْطَةً . قال الأزْهَرِيُّ[8] : الحَقْلُ ، القَراحُ المَزْرُوعُ ، والحواقِلُ المَزارِعُ . وفَسَّرَ أبو سَعِيدٍ المُحاقَلَةَ ، باسْتِكْراءِ الأرضِ بالحِنْطَةِ .

٧٦٠ – مسألة ؛ قال : (وَكَذَا بَيْعُ الحَمْلِ غَيْرَ أُمِّهِ ، واللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ)

معناه ، بَيْعُ الحَمْلِ فى البَطْنِ ، دُونَ الأُمِّ . ولا خِلافَ فى فَسادِه . قال ابنُ المُنْذِرِ : وقد أجْمَعُوا على أنَّ بَيْعَ المَلاقِيحِ والمَضامِينِ غيرُ جائِزٍ ، وإنَّما لم يَجُزْ بَيْعُ الحَمْلِ فى البَطْنِ ؛ لِوَجْهَيْنِ ؛ أحَدِهما ، جَهَالَتُه ، فإنَّه لا تُعْلَمُ صِفَتُه ولا حَياتُه . والثانى ، أنَّه غيرُ مَقْدُورٍ على تَسْلِيمِه ، بخِلافِ الغائِبِ ، فإنَّه يَقْدِرُ على الشُّروعِ فى تَسْلِيمِه . وقد رَوَى سَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، عن أبى هُرَيْرَةَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ المَضَامِينِ ، والمَلَاقِيحِ[1] . قال أبو عُبَيْدٍ[2] : المَلَاقِيحُ ، ما فى البُطُونِ ، وهى الأَجِنَّةُ . والمَضامِينُ ، ما فى أصْلابِ الفُحُولِ . فكانوا يَبِيعُونَ الجَنِينَ فى بَطْنِ أُمِّه[3] ، وما يَضْرِبُه الفَحْلُ فى عامِه ، أو فى أعْوامٍ . وأنْشَدَ[4] :

إنَّ المَضَامِينَ الَّتى فِى الصُّلْبِ
مَاءُ الفُحُولِ فى الظُّهُورِ الحُدْبِ

---

(٧) ف : باب بيع المخاضرة ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/١٠٢ ، ١٠٣ .

(٨) فى تهذيب اللغة ، (ح ق ل) ٤/٤٧ ، ٤٨ .

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب النهى عن بيع الحبلة ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/٣٤١ .

(٢) فى غريب الحديث ١/٢٠٧ ، ٢٠٨ .

(٣) فى م : « الناقة » .

(٤) الرجز غير مَعْزُوٍّ ، فى : اللسان (ض م ن) ، وتهذيب اللغة ١٢/٥٠ .

ورَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهى عن بَيْعِ المَجْرِ[٥] . قال ابن الأعْرابِىِّ : المَجْرُ ما فى بَطْنِ النَّاقَةِ . والمَجْرُ الرِّبا . والمَجْرُ القِمارُ . والمَجْرُ المُحَاقَلةُ والمُزابَنَةُ .

فصل : وقد رَوَى ابنُ عمرَ ، عن النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه نَهَى عَنْ بَيْعِ[٦] حَبَلِ الحَبَلَةِ . مُتَّفَقٌ عليه[٧] . ومعناه ، نِتاجُ النَّتاجِ . قالَه أبو عُبَيْدٍ[٨] . وعن ابن عُمَرَ قال : كان أَهْلُ الجاهِلِيَّةِ يَتَبايَعُونَ لَحْمَ الجَزُورِ إلى حَبَلِ الحَبَلَةِ . وحَبَلُ الحَبَلَةِ أن تُنْتَجَ النَّاقَةُ ، ثم تَحْمِلُ التى نُتِجَتْ ، فنهاهُم النَّبِىُّ ﷺ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ[٩] ، وكِلا البَيْعَيْنِ فاسِدٌ ؛ أمَّا الأوَّلُ فلأنَّه بَيْعُ مَعْدُومٍ ، وإذا لم يَجُزْ بَيْعُ الحَمْلِ ، فبَيْعُ حَمْلِه أوْلَى . وأمَّا الثانى ، فلأنَّه بَيْعٌ إلى أجَلٍ مَجْهُولٍ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ فى الضَّرْعِ . وبه قال الشَّافِعِىُّ ، وإسْحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ونَهَى عنه ابنُ عَبَّاسٍ ، وأبو هُرَيْرَةَ . وكَرِهَه طاوُسٌ ومُجاهِدٌ . وحُكِىَ عن مالِكٍ ، أنَّه يجوزُ أيَّامًا مَعْلُومَةً ، إذا عَرَفَا حِلابَها ، لِسَقْىِ الصَّبِىِّ ، كَلَبَنِ

---

(٥) أخرجه البيهقى ، فى : باب النهى عن بيع حبل الحبلة ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٤١/٥ .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الغرر وحبل الحبلة ، من كتاب البيوع ، وفى : باب السلم إلى أن تنتج الناقة ، من كتاب السلم ، وفى : باب أيام الجاهلية ، من كتاب مناقب الأنصار . صحيح البخارى ٩١/٣ ، ١١٤ ، ٥٤/٥ ، ومسلم ، فى : باب تحريم بيع حبل الحبلة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٣/٣ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب بيع الغرر ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٩/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى بيع حبل الحبلة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٣٦/٥ . والنسائى ، فى : باب بيع حبل الحبلة ، وباب تفسير ذلك ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٧/٧ ، ٢٥٨ وابن ماجه ، فى : باب النهى عن شراء ما فى بطون الأنعام وضروعها وضربة الغائص ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٠/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما لا يجوز من بيع الحيوان ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٥٣/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥٦/١ ، ٥/٢ ، ١١ ، ١٥ ، ٦٣ ، ٧٦ ، ٨٠ ، ١٠٨ ، ١٤٤ ، ١٥٥ .

(٨) فى غريب الحديث ٢٠٨/١ .

(٩) فى : باب تحريم بيع حبل الحبلة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٤/٣ .

الظِّئْرِ . وأجازَه الحَسَنُ ، وسَعِيدُ بن جُبَيْرٍ ، ومُحَمَّدُ بن مَسْلَمَةَ . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ عَبّاسٍ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ نَهَى أنْ يُبَاعَ صُوفٌ على ظَهْرٍ ، أو لَبَنٌ فى ضَرْعٍ ، رَواه الخَلَّالُ[10] . ولأنَّه مَجْهولُ الصِّفَةِ والمِقْدارِ ، فأشْبَهَ الحَمْلَ ؛ لأنَّه بَيْعُ عَيْنٍ لم تُخْلَقْ ، فلم يَجُزْ ، كَبَيْعِ ما تَحْمِلُ النَّاقَةُ ، والعادَةُ فى ذلك تَخْتَلِفُ . وأمَّا لَبَنُ الظِّئْرِ فإنَّما جازَ لِلْحَضانَةِ ؛ لأنَّه مَوْضِعُ حاجَةٍ .

فصل : واخْتَلَفَتِ الرِّوايةُ فى بيعِ الصُّوفِ على الظَّهْرِ ؛ فَرُوِىَ أنَّه لا يَجُوزُ بَيْعُه ؛ لما ذَكَرْنا من الحَدِيثِ ، ولأنَّه مُتَّصِلٌ بالحَيوانِ ، فلم يَجُزْ إفْرادُه بالعَقْدِ ، كأعْضائِه . ورُوِىَ عنه ، أنَّه يجوزُ بِشَرْطِ جَزِّه فى الحالِ ؛ لأنَّه مَعْلُومٌ يُمكنُ تَسْلِيمُه ، فجازَ بَيْعُه ، كالرَّطْبَةِ . وفارَقَ الأعْضاءَ ، فإنه لا يُمْكِنُ تَسْلِيمُها مع سَلامَةِ الحَيَوانِ . والخِلافُ فيه كالخِلافِ فى اللَّبَنِ فى / الضَّرْعِ ، فإنِ اشْتَراه بِشَرْطِ القَطْعِ ، فتَرَكَه حتى طالَ ، فحُكْمُه حُكْمُ الرَّطْبَةِ إذا اشْتَراها ، فتَرَكَها حتى طالَتْ . ١٨/٥ و

فصل : ولا يَجُوزُ بَيْعُ ما تُجْهَلُ صِفَتُه ، كالمِسْكِ فى الفَأْرِ ، وهو الوِعاءُ الذى يكون فيه . قال الشَّاعِرُ :

إذا التَّاجِرُ الهِنْدِىُّ جاءَ بِفَأْرَةٍ ... مِنَ المِسْكِ راحَتْ فى مَفارِقِهِمْ تَجْرِى

فإن فَتَحَ وشاهَدَ ما فيه ، جازَ بَيْعُه ، وإن لم يُشاهِدْه ، لم يَجُزْ بَيْعُه ؛ لِلْجَهالَةِ . وقد قال بعضُ الشَّافِعِيَّةِ : يجوزُ ؛ لأنَّ بَقاءَه فى فَأْرِه مَصْلَحَةٌ له ، فإنَّه يَحْفَظُ رُطُوبَتَه وذَكاءَ رائِحَتِه ، فأشْبَه ما مَأْكُولُه فى جَوْفِه . ولنا ، أنَّه يَبْقَى خارِجَ وِعائِه من غيرِ ضَرَرٍ[11] . وتَبْقَى رَائِحَتُه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه مَسْتورًا ، كالدُّرِّ فى الصَّدَفِ . وأمَّا

---

(١٠) والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٤٠/٥ . وابن أبى شيبة ، فى : باب بيع اللبن فى الضروع ، من كتاب البيوع . المصنف ٥٣٣/٦ .

(١١) فى الأصل : « ضرورة » .

ما مَأْكُولُه فى جَوْفِه ، فإخْراجُه يُفْضِى إلى تَلَفِه . والتَّفْصِيلُ فى بَيْعِه مع وِعائِه ، كالتَّفْصِيلِ فى بَيْعِ السَّمْنِ فى ظَرْفِه . ومن ذلك البَيْضُ فى الدَّجاجِ ، والنَّوَى فى التَّمْرِ ، لا يَجُوزُ بَيْعُهُما ؛ لِلْجَهْلِ بهما . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا نَذْكُرُه .

فصل : فأمَّا بَيْعُ الأعْمَى وشِراؤُه ، فإن أمْكَنَه مَعْرِفَةُ المَبِيعِ ، بالذَّوْقِ إن كان مَطْعُومًا ، أو بالشَّمِّ إن كان مَشْمُومًا ، صَحَّ بَيْعُه وشِراؤُه . وإن لم يُمْكِنْ ، جازَ بَيْعُه ، كالبَصِيرِ ، وله خِيارُ الخُلْفِ فى الصِّفَةِ . وبهذا قال مالِكٌ ، وأبو حنيفةَ . (20)وأثْبَتَ أبو حنيفةَ(20) له الخِيارَ ، إلى مَعْرِفَتِه بالمَبِيعِ ، إمَّا بِحِسِّه أو ذَوْقِه أو وَصْفِه . وقال عُبَيْدُ اللهِ بن الحسنِ : شِراؤُه جائِزٌ ، وإذا أمَرَ إنْسانًا بالنَّظَرِ إليه ، لَزِمَهُ . وقال الشَّافِعِىُّ : لا يجوزُ إلَّا على الوَجْهِ الذى يَجُوزُ فيه بَيْعُ المَجْهُولِ ، أو يكون قد رَآهُ بَصِيرًا ، ثم اشْتَراه قبل مُضِىِّ زَمَنٍ يَتَغَيَّرُ المَبِيعُ فيه ؛ لأنَّه مَجْهُولُ الصِّفَةِ عند العاقِدِ ، فلم يَصِحَّ ، كَبَيْعِ البَيْضِ فى الدَّجاجِ ، والنَّوَى فى التَّمْرِ . ولَنا ، أنَّه يُمكنُ الاطِّلاعُ على المَقْصُودِ ومَعْرِفَتُه ، فأشْبَه بَيْعَ البَصِيرِ . ولأنَّ إشارَةَ الأخْرَسِ تَقُومُ مقامَ نُطْقِه ، فكذلك شَمُّ الأعْمَى وذَوْقُه ، وأما البَيْضُ والنَّوَى ، فلا يُمكنُ الاطِّلاعُ عليه ، ولا وَصْفُه ، بخِلافِ مَسْألَتِنا .

٥/١٨ ظ

٧٦١ - مسألة ؛ / قال : (وبَيْعُ عَسْبِ الفَحْلِ غيرُ جَائِزٍ)

عَسْبُ الفَحْلِ ، ضِرابُه . وبَيْعُه أخْذُ عِوَضِه . وتُسَمَّى الأُجْرَةُ عَسْبَ الفَحْلِ مجازًا . وإجارَةُ الفَحْلِ لِلضِّرابِ حَرامٌ ، (1)والعَقْدُ فاسِدٌ(1) . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ . وحُكِىَ عن مالِكٍ جَوازُه . قال ابنُ عَقِيلٍ : ويَحْتَمِلُ عندى الْجَوازُ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على مَنافِعِ الفَحْلِ ونَزْوِهِ(2) ، وهذه مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ ، والماءُ تابِعٌ ، والغالِبُ حُصُولُه عَقِيبَ نَزوِهِ ، فيكونُ كالعَقْدِ على الظِّئْرِ ؛ لِيَحْصُلَ اللَّبَنُ فى بَطْنِ الصَّبِىِّ .

(20 - 20) سقط من : الأصل .

(1 - 1) سقط من : م .

(2) أى : لقاحه للأنثى .

ولَنا ، ما رَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ النَّبيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ عَسْبِ الفَحْلِ . رواه البُخَارِىُّ[٣] . وعن جابرٍ قال : نَهَى رسولُ اللهِ ﷺ عن بَيْعِ ضِرَابِ الجَمَلِ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ[٤] . ولأنَّه ممَّا لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه ، فأشْبَهَ إجَارَةَ الآبِقِ . ولأنَّ ذلك مُتَعلِّقٌ باخْتِيارِ الفَحْلِ وشَهْوَتِه . ولأنَّ المَقْصُودَ هو الماءُ ، وهو مِمَّا لا يجوزُ إفْرادُه بالعَقْدِ ، وهو مَجْهُولٌ . وإجارَةُ الظِّئْرِ خُولِفَ فيه الأصْلُ لِمَصْلَحَةِ بَقاءِ الآدَمِىِّ ، فلا يُقاسُ عليه ما ليس مثلَه . فعلى هذا إذا أعطَى أجْرَةً لِعَسْبِ[٥] الفَحْلِ ، فهو حَرامٌ على الآخِذِ[٦] ، لمَا ذَكَرْناهُ . ولا يَحْرُمُ على المُعْطِى ؛ لأنَّه بَذَلَ مَالَهُ لِتَحْصِيلِ مُباحٍ يَحْتاجُ إليه ، ولا يَمْتَنِعُ هذا كما فى كَسْبِ الحَجَّامِ ، فإنَّه خَبِيثٌ ، وقد أعْطَى النَّبِىُّ ﷺ الذى حَجَمَهُ[٧] . وكذلك أُجْرَةُ الكَسْحِ[٨] . والصَّحابةُ أباحُوا شِراءَ المَصاحِفِ ، وكَرِهُوا بَيْعَها . وإن أعْطَى صاحِبَ الفَحْلِ هَدِيَّةً ، أو أكْرَمَهُ من غيرِ إجَارَةٍ ، جازَ . وبه قال الشَّافِعِىُّ ؛ لِمَا رَوَى أنَسٌ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « إذَا كَانَ إكْرَامًا فَلَا بَأْسَ » .[٩] ولأنَّه سَبَبٌ مُباحٌ ، فجَازَ أخْذُ الهَدِيَّةِ عليه ،

---

(٣) فى : باب عسب الفحل ، من كتاب الإجارة . صحيح البخارى ١٢٣/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى عسب الفحل ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٣٩/٢ . والترمذي ، فى : باب ما جاء فى كراهية عسب الفحل ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٤/٥ . والنسائى ، فى : باب بيع ضراب الجمل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٣/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٤/٢ .

(٤) فى : باب تحريم بيع فضل الماء ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٧/٣ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب بيع ضراب الجمل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٣/٧ .

(٥) فى الأصل ، م : « العسب » .

(٦) فى م : « الآخر » .

(٧) أخرجه البخارى ، فى : باب ذكر الحجام ، من كتاب البيوع ، وفى : باب خراج الحجام ، من كتاب الإجارة . صحيح البخارى ٨٢/٣ ، ٨٣ ، ١٢٢ . ومسلم ، فى : باب حل أجرة الحجامة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٥/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٣٩/٢ . وابن ماجه ، فى : باب كسب الحجام ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣١/٢ .

(٨) الكسح : هو الكنس .

(٩) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية عسب الفحل ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٥/٧ . والنسائى ، فى : باب بيع ضراب الجمل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٣/٧

كالحِجَامَةِ . وقال أحمدُ ، فى رِوايةِ ابنِ القَاسِمِ : لا يَأْخُذُ . فقِيلَ له : أَلَا يكونُ مثلَ الحَجَّامِ يُعطَى ، وإن كان مَنْهِيًّا عنه ؟ فقال : لم يَبْلُغْنا أنَّ النَّبِىَّ ﷺ أعطَى فى مثلِ هذا شيْئًا كما بَلَغَنا فى الحَجَّامِ . وَوَجْهُه أنَّ ما مُنِعَ أَخْذُ الأُجْرَةِ عليه مُنِعَ قَبُولُ الهَدِيَّةِ ، كَمَهْرِ البَغِىِّ ، وحُلْوَانِ الكَاهِنِ . قال القاضى : هذا مُقْتَضَى النَّظَرِ ، لكن تُرِكَ مُقْتَضاهُ فى الحَجَّامِ ، فيَبْقَى فيما عَداهُ على مُقْتَضَى القِياسِ . والذى ذَكَرْناهُ أَرْفَقُ بالنَّاسِ ، وأَوْفَقُ لِلْقِياسِ ، وكَلَامُ أحْمَدَ يُحْمَلُ على الوَرَعِ ، لا على التَّحْرِيمِ .

٧٦٢ ـ مسألة ؛ قال : (والنَّجْشُ مَنْهِىٌّ عَنْهُ . وَهُوَ أنْ يَزِيدَ فى السِّلْعَةِ ، ولَيْسَ هو مُشْتَرِيًا لَها)

النَّجْشُ : أن يَزِيدَ فى السِّلْعَةِ من لا يُرِيدُ شِراءَها ، لِيَقْتَدِىَ به المُسْتامُ ، فيَظُنَّ أنَّه لم يَزِدْ فيها هذا القَدْرَ إلَّا وهى تُساوِيه ، فيَغْتَرَّ بذلك ، فهذا حَرامٌ وخِداعٌ . قال البُخارِىُّ[(١)] : النَّاجِشُ آكِلُ رِبًا خَائِنٌ ، وهو خِداعٌ باطِلٌ لا يَحِلُّ . ورَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ نَهَى عن النَّجْشِ . وعن أبى هُرَيْرَةَ أن رسولَ اللهِ ﷺ قال : « لا تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ ، ولَا يَبِعْ بَعْضُكُم عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ ، ولَا تَنَاجَشُوا ، ولَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ » . مُتَّفَقٌ عليهما[(٢)] ، ولأنَّ فى ذلك تَغْرِيرًا بالمُشْتَرِى ، وخَدِيعَةً

---

(١) أى نقلا عن ابن أبى أوفى . انظر التخريج الآتى .

(٢) الأول ، أخرجه البخارى ، فى : باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع ، من كتاب البيوع ، وفى : باب ما يكره من التناجش ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٩١/٣ ، ٣١/٩ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٦/٣ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب النجش ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٧/٧ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى النهى عن النجش ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٤/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٨٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٧/٢ ، ٦٣ ، ١٠٨ ، ١٥٦ ، ٣١٩ .

والثانى ، أخرجه البخارى ، فى : باب النهى للبائع ألا يحفل الإبل والبقر ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٩٢/٣ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٥/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب من اشترى مصراة فكرهها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٢/٢ . =

له ، وقد قال النَّبِىُّ ﷺ : « الْخَدِيعَةُ فِى النَّارِ »[3] فإن اشْتَرَى مع النَّجْشِ ، فالشِّراءُ صَحِيحٌ ، فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ ، منهم الشَّافِعِىُّ وأصْحابُ الرَّأْى . وعن أحْمَدَ ، أنَّ البَيْعَ باطِلٌ . اخْتارَه أبو بكرٍ . وهو قولُ مالِكٍ ؛ لأنَّ النَّهْىَ يَقْتَضِى الفَسادَ . ولَنا ، أنَّ النَّهْىَ عادَ إلى النَّاجِشِ ، لا إلى العاقِدِ ، فلم يُؤثِّرْ فى البَيْعِ . ولأنَّ النَّهْىَ لِحَقِّ الآدَمِىِّ ، فلم يَفْسُدِ العَقْدُ ، كتَلَقِّى الرُّكْبَانِ ، وبَيْعِ المَعِيبِ ، والمُدَلَّسِ ، وفارَقَ ما كان لِحَقِّ اللهِ تَعَالَى ؛ لأنَّ حَقَّ الآدَمِىِّ يُمْكِنُ جَبْرُه بالخِيارِ ، أو زِيادَةِ فى الثَّمَنِ ، لكنْ إن كان فى البَيْعِ غَبْنٌ لم تَجْرِ العادَةُ بمِثْلِه ، فلِلْمُشْتَرِى الخِيارُ بين الفَسْخِ والإمْضاءِ ، كما فى تَلَقِّى الرُّكْبانِ ، وإن كان يُتَغَابَنُ بمِثْلِه ، فلا خِيارَ له . وسواءٌ كان النَّجْشُ بِمُوَاطَأَةٍ من البائِعِ ، أو لم يَكُنْ . وقال أصْحابُ الشَّافِعِىِّ : إن لم يكنْ ذلك بمُوَاطَأَةِ البائِعِ وعِلْمِه ، فلا خِيارَ له . واخْتَلَفُوا فيما إذا كان بمُوَاطَأَةٍ منه ، فقال بعضُهم : لا خِيارَ لِلْمُشْتَرِى ؛ لأنَّ التَّفْرِيطَ منه ، حيث اشْتَرَى ما لا يَعْرِفُ قِيمَتَهُ . ولَنا ، أنَّه تَغْرِيرٌ بالعاقِدِ ، فإذا كان مَغْبُونًا ثَبَتَ له الخِيارُ ، كما فى تَلَقِّى الرُّكْبَانِ ، ويَبْطُلُ ما ذَكَرُوهُ بِتَلَقِّى الرُّكْبانِ .

/ **فصل** : ولو قال البائِعُ : أُعْطِيْتُ بهذه السِّلْعَةِ كذا وكذا . فصَدَّقَهُ المُشْتَرِى واشْتَرَاهَا بذلك ، ثم بانَ كاذِبًا . فالبَيْعُ صَحِيحٌ ، ولِلْمُشْتَرِى الخِيَارُ أيضًا ؛ لأنَّه فى مَعْنَى النَّجْشِ .

١٩/٥ ظ

فصل : وقولُه عليه السَّلامُ : « لا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ » . معْناه ، أنَّ الرَّجُلَيْنِ إذا تَبايَعا ، فجاءَ آخَرُ إلى المُشْتَرِى فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فقال : أنا أَبِيعُكَ مثلَ

= والنسائى ، فى : باب النهى عن المصراة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٢/٧ ، ٢٢٣ . والإمام مالك ، فى : باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٨٣/٢ . الإمام أحمد ، فى : المسند ٣٩٤/٢ ، ٤٦٥ ، ٥٠١ .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٩١/٣ .

هذه السِّلْعَةِ بدونِ هذا الثَّمَنِ ، أو أَبيعُكَ خَيْرًا منها بِثَمَنِها ، أو دونَه ، أو عَرَضَ عليه سِلْعَةً رَغِبَ فيها المُشْتَرِى ، ففَسَخَ البَيْعَ ، واشْتَرَى هذه ، فهذا غيرُ جائِزٍ ؛ لِنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عنه ، ولِمَا فيه من الإضْرارِ بالمُسْلِمِ ، والإفْسادِ عليه . وكذلك إنِ اشْتَرَى على شِراءِ أخِيه ، وهو أن يَجِيءَ إلى البائِعِ قبلَ لُزُومِ العَقْدِ ، فيَدْفَعَ في المَبِيعِ أكْثَرَ من الثَّمَنِ الذى اشْتُرِىَ به ، فهو مُحَرَّمٌ أيضًا ؛ لأنَّه في مَعْنَى المَنْهِيِّ عنه ، ولأنَّ الشِّراءَ يُسَمَّى بَيْعًا ، فيَدْخُلُ في النَّهْيِ ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ : نَهَى أنْ يَخْطُبَ على خِطْبَةِ أخِيهِ[3] . وهو في مَعْنَى الخاطِبِ . فإن خالَفَ وعَقَدَ ، فالبَيْعُ باطِلٌ ؛ لأنَّه مَنْهِيٌّ عنه ، والنَّهْيُ يَقْتَضِي الفَسادَ . ويَحْتَمِلُ أنَّه صَحِيحٌ ؛ لأنَّ المُحَرَّمَ هو عَرْضُ سِلْعَتِه على المُشْتَرِى ، أو قولُه الذى فَسَخَ البَيْعَ من أجْلِه ، وذلك سابِقٌ على البَيْعِ ، ولأنَّه إذا صَحَّ الفَسْخُ الذى حَصَلَ به الضَّرَرُ ، فالبَيْعُ المُحَصِّلُ لِلْمَصْلَحَةِ أوْلَى ، ولأنَّ النَّهْيَ لِحَقِّ آدَمِيٍّ ، فأشْبَهَ بَيْعَ النَّجْشِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : ورَوَى مُسْلِمٌ[4] ، عن أبي هُرَيْرَةَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « لا يَسُمِ

---

(3) أخرجه البخارى ، فى : باب لا يبيع على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع ، وفى : باب ما لا يجوز من الشروط فى النكاح ، من كتاب الشروط ، وفى : باب لا يخطب على خطبة أخيه ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣/ ٩١ ، ٢٥٠ ، ٧/ ٢٤ . ومسلم ، فى : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ... ، وباب تحريم الخطبة على خطبة أخيه ... ، من كتاب النكاح ، وفى : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٢/ ١٠٢٨ ، ١٠٣٢ - ١٠٣٤ ، ٣/ ١١٥٤ . وأبو داود ، فى : باب فى كراهية أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٨٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أن لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ١/ ٤٨٠ . والنسائى ، فى : باب سوم الرجل على سوم أخيه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٢٦ . وابن ماجه ، فى : باب لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٠٠ . والدارمى ، فى : باب النهى عن خطبة الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٣٥ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الخطبة ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢/ ٥٢٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١٢٢ ، ١٢٤ ، ١٣٠ ، ١٤٢ ، ١٥٣ ، ٢٣٨ ، ٢٧٤ ، ٣١١ ، ٣١٨ ، ٣٩٤ ، ٤١١ ، ٤٢٧ ، ٤٥٧ ، ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، ٤٨٧ ، ٤٨٩ ، ٤/ ١٤٧ ، ٥/ ١١ .

(4) فى : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ... ، وباب تحريم الخطبة على خطبة أخيه ... ، من كتاب النكاح ، وفى : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٢/ ١٠٢٩ ، ١٠٣٣ ، ١٠٣٤ ، ٣/ ١١٥٤ ، ١١٥٥ . =

الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أخِيهِ » . ولا يَخْلُو من أربعةِ أقْسَامٍ ؛ أحدِها ، أن يُوجَدَ من البائِعِ تَصْرِيحٌ بالرِّضَا بالبَيْعِ ، فهذا يَحْرُمُ السَّوْمُ على غيرِ ذلك المُشْتَرِى ، وهو الذى تَنَاوَلَهُ النَّهْىُ . الثانى ، أن يَظْهَرَ منه ما يَدُلُّ على عَدَمِ الرِّضَا فلا يَحْرُمُ السومُ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ بَاعَ فى مَن يَزِيدُ ، فرَوَى أنسٌ : أن رَجُلًا من الأنْصَارِ شَكَا إلى النَّبِىِّ ﷺ الشِّدَّةَ والجَهْدَ ، فقال له : « أما بَقِىَ لك شَىْءٌ ؟ » فقال : بَلَى ، قَدَحٌ وحِلْسٌ[5] / ، قال : « فَأْتِنى بِهِمَا » فأتَاهُ بهما ، فقال : « مَنْ يَبْتَاعُهُما ؟ » فقال رَجُلٌ : أخَذْتُهُمَا بِدِرْهَمٍ . فقال النَّبِىُّ ﷺ : « مَنْ يَزِيدُ عَلَى دِرْهَمٍ ؟ مَنْ يَزِيدُ عَلَى دِرْهَمٍ ؟ » فأعْطَاهُ رَجُلٌ دِرْهَمَيْنِ ، فبَاعَهُما منه . رَوَاهُ التِّرمِذِىُّ[6] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وهذا أيضًا إجْماعُ المُسلِمين ، يَبِيعُونَ فى أسْواقِهِم بالمُزَايَدَةِ . الثالث ، أن لا يُوجَدَ منه ما يَدُلُّ على الرِّضا [7]ولا على[7] عَدَمِه ، فلا يَحْرُمُ[8] السَّوْمُ أيضًا ، ولا الزِّيادَةُ ؛ اسْتِدْلالًا بِحَديثِ فَاطِمَةَ بنتِ قَيْسٍ ، حين ذَكَرَتْ للنَّبِىِّ ﷺ أنَّ مُعَاوِيَةَ وأبَاجَهْمٍ خَطَبَاهَا ، فأمَرَها أن تَنْكِحَ أُسَامَةَ[9] . وقد نَهَى عن الخِطْبَةِ على خِطْبَةِ أخِيهِ ، كما نَهَى عن سَوْمِ أخِيهِ ، فما أُبِيحَ فى أحَدِهما أُبِيحَ فى الآخَرِ .

٢٠/٥ و

= كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن البيع على بيع أخيه ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٩٣ . وابن ماجه ، فى : باب لا يبيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٣٩٤ ، ٤١١ ، ٤٢٧ ، ٤٥٧ ، ٤٦٣ ، ٤٨٧ ، ٤٨٩ ، ٥٠٨ ، ٥١٢ ، ٥١٦ ، ٥٢٩ .

(٥) الحلس : كل شىء ولى ظهر البعير والدابة تحت الرحل والقتب والسرج والبرذعة .

(٦) فى : باب ما جاء فى بيع من يزيد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٢٤ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما يجوز فيه المسألة ، من كتاب الزكاة . سنن أبى داود ١/٣٨١ . والنسائى ، فى : باب البيع فى من يزيد ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٢٧ . وابن ماجه ، فى : باب بيع المزايدة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤٠ .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) فى ا ، م : « يجوز له » .

(٩) أخرجه مسلم ، فى : باب المطلقة ثلاثا لا سكنى لها ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢/١١١٤ - ١١١٦ . وأبو داود ، فى : باب نفقة المبتوتة ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥٣٢ . والترمذى ، فى : باب =

الرابع ، أن يَظْهَرَ منه ما يَدُلُّ على الرِّضا من غيرِ تَصْرِيحٍ ، فقال القاضي : لا تَحْرُمُ المُساوَمَةُ . وذَكَرَ أنَّ أحْمَدَ نَصَّ عليه في الخِطْبَةِ ، اسْتِدْلالًا بحَدِيثِ فاطِمةَ . ولأنَّ الأصْلَ إباحَةُ السَّوْمِ والخِطْبَةِ ، فَحَرُمَ منه[10] ما وُجِدَ فيه التَّصْرِيحُ بالرِّضا ، وما عَداهُ يَبْقَى على الأصْلِ . ولو قيل بالتَّحْرِيمِ هٰهُنا ، لَكان وَجْهًا حَسَنًا ، فإنَّ النَّهْيَ عَامٌّ خَرَجَتْ منه الصُّوَرُ المَخْصُوصَةُ بِأَدِلَّتِها ، فتَبْقَى هذه الصُّورَةُ على مُقْتَضَى العُمُومِ . ولأنَّه وُجِدَ منه دَلِيلُ الرِّضا ، أشْبَه ما لو صَرَّحَ به ، ولا يَضُرُّ اخْتِلَافُ الدَّلِيلِ بعد التَّساوِي في الدَّلالَةِ ، وليس في حَدِيثِ فَاطِمَةَ ما يَدُلُّ على الرِّضَا ؛ لأنَّها جاءَتْ مُسْتَشِيرَةً للنَّبِيِّ ﷺ ، وليس ذلك دَلِيلًا على الرِّضا ، فكيف تَرْضَى وقد نَهاهَا النَّبِيُّ ﷺ بقولِه : « لا تُفَوِّتِينَا بِنَفْسِكِ » . فلم تكن تَفْعَلُ شيئًا قبل مُراجَعَةِ النَّبِيِّ ﷺ . والحُكْمُ في الفَسادِ كالحُكْمِ في البَيْعِ على بَيْعِ أخِيهِ ، في المَوْضِعِ الذي حَكَمْنا بالتَّحْرِيمِ فيه .

فصل : بَيْعُ التَّلْجِئَةِ باطِلٌ . وبه قال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِيُّ : هو صَحِيحٌ ؛ لأنَّ البَيْعَ تَمَّ بأرْكَانِه وشُرُوطِه ، خَالِيًا عن مُقارَنَةِ مُفْسِدٍ ، فصَحَّ ، كما لو اتَّفَقَا على شَرْطٍ فاسِدٍ ، / ثم عَقَدَا البَيْعَ بغيرِ شَرْطٍ . ولَنا ، أنَّهما ما قَصَدا البَيْعَ ، فلم يَصِحَّ منهما كالهَازِلَيْنِ ، ومَعْنَى بَيْعِ التَّلْجِئَةِ ، أن يَخافَ أن يَأْخُذَ السُّلْطَانُ أو غيرُه مِلْكَه ، فيُواطِئَ رَجُلًا على أن يُظْهِرا أنَّه اشْتَراهُ منه ، لِيَحْتَمِيَ بذلك ، ولا يُرِيدَانِ بَيْعًا حَقِيقِيًّا .

٥/٢٠ ظ

٧٦٣ ـ مسألة ؛ قال : (فَإنْ بَاعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ)

وهو أن يَخْرُجَ الحَضَرِيُّ إلى البَادِي ، وقد جَلَبَ السِّلْعَةَ ، فَيُعَرِّفَه السِّعْرَ ، ويقولَ : أنا أَبِيعُ لك . فنَهَى النَّبِيُّ ﷺ عن ذلك ، فقال : « دَعُوا ٱلنَّاسَ يَرْزُقِ

= ما جاء أن لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/٧٣ . والنسائى ، فى : باب إذا استشارت المرأة رجلا فى من يخطبها هل يخبرها بما يعلم ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٦٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى نفقة المطلقة ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/٥٨١ .

(١٠) فى ا ، م : « منع » .

اللهُ بَعْضَهُم مِنْ بَعْضٍ »[1] . والبَادِى هَـٰهُنا ، مَنْ يَدْخُلُ البَلْدَةَ مِن غيرِ أهْلِهَا ، سواءٌ كان بَدَوِيًّا ، أو من قَرْيَةٍ ، أو بَلْدَةٍ أُخْرَى . نَهَى النَّبِىُّ ﷺ الحاضِرَ أن يَبِيعَ له ، قال ابنُ عَبَّاسٍ : نَهَى النَّبِىُّ ﷺ أن تُتَلَقَّى الرُّكْبَانُ ، وأن يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ ، قال : فقلتُ لابنِ عَبَّاسٍ : ما قولُه « حَاضِرٌ لِبَادٍ » ؟ قال : لا يكونُ له سِمْسارًا . مُتَّفَقٌ عليه[2] ، وعن جابرٍ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ ، دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقِ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ » . رواه مسلمٌ . ورَوَى[3] ابنُ عمرَ ، وأبو هُرَيْرَةَ ، وأنسٌ . والمَعْنَى فى ذلك ، أنَّه متى تُرِكَ البَدَوِىُّ يَبِيعُ سِلْعَتَه ، اشْتَراها النَّاسُ بِرُخْصٍ ، ويُوَسِّعُ عليهم السِّعْرَ ، فإذا تَوَلَّى الحاضِرُ بَيْعَها ، وامْتَنَع مِن بَيْعِها ، إلَّا بِسِعْرِ البَلَدِ ، ضاقَ على أهْلِ البَلَدِ . وقد أشَارَ النبىُّ ﷺ فى تَعْلِيلِه إلى هذا المَعْنَى . ومِمَّن كَرِهَ بَيْعَ الحاضِرِ لِلْبَادِى طَلْحَةُ بنُ عُبَيْدِ اللهِ ، وابنُ عمرَ ، وأبو هريْرة ، وأنسٌ ، وعمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، ومالِكٌ ، واللَّيْثُ ، والشَّافِعِىُّ ، ونَقَلَ أبو إسْحاقَ ابنُ شَاقْلَا فى جُمْلَةِ سَمَاعَاتِه ، أنَّ الحسنَ بنَ علىٍّ المِصْرِىَّ ، سَأَلَ أحمدَ عن بَيْعِ حَاضِرٍ لِبَادٍ ، فقال : لا بَأْسَ به . فقال له : فالخَبَرُ الذى جاءَ بالنَّهْىِ ؟ قال : كان

---

(1) أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم بيع الحاضر للبادى ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٥٧ . وأبو داود ، فى : باب فى النهى أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٤٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا يبيع حاضر لباد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٣١ . والنسائى ، فى : باب بيع الحاضر للبادى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٢٥ . وابن ماجه ، فى : باب النهى أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٣٠٧ ، ٣١٢ ، ٣٨٦ ، ٣٩٢ .

(2) أخرجه البخارى ، فى : باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر ... ، وباب النهى عن تلقى الركبان ... ، من كتاب البيوع ، وفى : باب أجر السمسرة ... ، من كتاب الإجارة . صحيح البخارى ٣/٩٤ ، ٩٥ ، ١٢٠ . ومسلم فى : باب تحريم بيع الحاضر للبادى ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٥٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى النهى أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٤١ . والنسائى ، فى : باب التلقى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٢٥ ، ٢٢٦ . وابن ماجه ، فى : باب النهى أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب التجارات ، سنن ابن ماجه ٢/٦٣٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٢٣٨ ، ٢٤٣ ، ٢٥٤ ، ٢٧٤ .

(3) سقط من : م . وما فى الأصل يعنى : وروى مثله ابن عمر ...

ذلك مَرَّةً . فظَاهِرُ هذا صِحَّةُ البَيْعِ ، وأنَّ النَّهْىَ اخْتَصَّ بأوَّلِ الإسلامِ ؛ لِمَا كان عليهم من الضِّيقِ فى ذلك . وهذا قولُ مُجَاهِدٍ ، وأبى حنيفةَ ، وأصْحابِه . والمَذْهَبُ الأوَّلُ ؛ لِعُمُومِ النَّهْىِ ، وما يَثْبُتُ فى حَقِّهِم يَثْبُتُ فى حَقِّنَا ، ما لم يَقُمْ على اخْتِصاصِهِمْ / به دَلِيلٌ . وظَاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِىِّ أنَّه يَحْرُمُ بثلاثةِ شُرُوطٍ ؛ أحَدِها ، أن يكونَ الحاضِرُ قَصَدَ البَادِىَ ؛ لِيَتَوَلَّى البَيْعَ له . والثانى ، أن يكونَ البادِى جاهِلًا بِالسِّعْرِ ؛ لقولِه : « فَيُعَرِّفَه السِّعْرَ » ، ولا يكونُ التَّعْرِيفُ ، إلَّا لِجاهِلٍ ، وقد قال أحمدُ ، فى روايةِ أبى طالِبٍ : إذا كان البَادِى عارِفًا بالسِّعْرِ ، لم يَحْرُمْ . والثالث ، أن يكونَ قد جَلَبَ السِّلَعَ لِلْبَيْعِ ؛ لقولِه : « وقد جَلَبَ السِّلَعَ » . والجَالِبُ هو الذى يَأْتِى بالسِّلَعِ لِيَبِيعَها . وذَكَرَ القَاضِى شَرْطَيْنِ آخَرَيْن ؛ أحدَهما ، أن يكونَ مُرِيدًا لِبَيْعِها بِسِعْرِ يَوْمِهَا . والثانى ، أن يكونَ بالنَّاسِ حَاجَةٌ إلى مَتاعِه ، وضِيقٌ فى تَأْخِيرِ بَيْعِه . وقال أصحابُ الشَّافِعِىِّ : إنَّما يَحْرُم بِشُرُوطٍ أرْبَعَةٍ ؛ وهى ما ذَكَرْنَا إلَّا حَاجَةَ النَّاسِ إلى مَتاعِه ، فمتى اخْتَلَّ منها شَرْطٌ ، لم يَحْرُمِ البَيْعُ ، وإنِ اجْتَمَعَتْ هذه الشُّرُوطُ ، فالبَيْعُ حَرَامٌ ، وقد صَرَّحَ الخِرَقِىُّ بِبُطْلَانِه . ونَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايَةِ إسْماعيلَ ابنِ سعيدٍ ، قال : سَأَلْتُ أحمدَ عن الرَّجُلِ الحَضَرِىِّ يَبِيعُ لِلْبَدَوِىِّ ؟ فقال : أكْرَهُ ذلك ، وأَرُدُّ البَيْعَ فى ذلك . وعن أحمدَ روايةٌ أخْرَى ، أنَّ البَيْعَ صَحِيحٌ . وهو مَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لكَوْنِ النَّهْىِ لِمَعْنًى فى غيرِ المَنْهِىِّ عنه . ولَنا ، أنه مَنْهِىٌّ عنه ، والنَّهْىُ يَقْتَضِى فَسادَ المَنْهِىِّ عنه .

٢١/٥ و

فصل : فأمَّا الشِّرَاءُ لهم ، فيَصِحُّ عند أحمدَ ، وهو قولُ الحسنِ . وكَرِهَتْ طَائِفَةٌ الشِّرَاءَ لهم ، كما كَرِهَتِ البَيْعَ . يُرْوَى عن أنسٍ قال ، كان يُقَال : هى كَلِمَةٌ جَامِعَةٌ ، يقول : لا تَبِيعَنَّ له شَيْئًا ، ولا تَبْتَاعَنَّ له شَيْئًا[٤] . وعن مالِكٍ فى ذلك روايتانِ ؛ وَوَجْهُ القولِ الأوَّلِ ، أنَّ النَّهْىَ غيرُ مُتَنَاوِلٍ لِلشِّرَاءِ بِلَفْظِهِ ، ولا هو فى مَعْناه ، فإنَّ

---

(٤) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى النهى أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٤٢ .

النَّهْىَ عن البَيْعِ لِلرِّفْقِ بأَهْلِ الحَضَرِ ، لِيَتَّسِعَ عليهم السِّعْرُ ، ويَزُولَ عنهم الضَّرَرُ ، وليس ذلك فى الشِّراءِ لهم ، إذ لا يَتَضَرَّرُونَ ، لِعَدَمِ الغَبْنِ لِلْبَادِينَ ، بل هو دَفْعُ الضَّرَرِ عنهم ، والخَلْقُ فى نَظَرِ الشَّارِعِ على السَّوَاءِ ، فكما شَرَعَ ما يَدْفَعُ الضَّرَرَ عن أَهْلِ الحَضَرِ ، لا يَلْزَمُ أن يَلْزَمَ أَهْلَ البَدْوِ الضَّرَرَ . وأمَّا إن أشارَ الحاضِرُ على البادِى من غيرِ أن يُبَاشِرَ البَيْعَ له / ، فقد رَخَّصَ فيه طَلْحَةُ بنُ عُبَيْدِ اللهِ ، والأَوْزَاعِىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وكَرِهَهُ مالِكٌ ، واللَّيْثُ ، وقولُ الصَّحَابِىِّ حُجَّةٌ ، ما لم يَثْبُتْ خِلَافُه . ٢١/٥ ظ

فصل : قال ابنُ حامِدٍ : ليس للإمامِ أن يُسَعِّرَ على النَّاسِ ، بل يَبِيعُ النَّاسُ أَمْوالَهُم على ما يَخْتارُونَ . وهذا مَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ . وكان مالِكٌ يقول : يُقالُ لمن يُرِيدُ أن يَبِيعَ أَقَلَّ مِمَّا يَبِيعُ النَّاسُ به : بِعْ كما يَبِيعُ النَّاسُ ، وإلَّا فَاخْرُجْ عنَّا . واحْتَجَّ له بما رَوَى الشَّافِعِىُّ ، وسعيدُ بنُ منصورٍ ، عن داودَ بنِ صالحٍ التَّمَّارِ ، عن القاسمِ بن محمدٍ ، عن عمرَ ، أنَّه مَرَّ بحَاطِبٍ[٥] فى سُوقِ المُصَلَّى ، وبين يَدَيْهِ غِرَارَتَانِ فيهما زَبِيبٌ ، فسَأَلَهُ عن سِعْرِهِما ، فسَعَّرَ له مُدَّيْنِ بكلِّ دِرْهَمٍ ، فقال له عمرُ : قد حُدِّثْتُ بِعِيرٍ مُقْبِلَةٍ من الطَّائِفِ تَحْمِلُ زَبِيبًا ، وهم يَعْتَبِرُونَ بِسِعْرِكَ ، فإمَّا أن تَرْفَعَ فى السِّعْرِ ، وإمَّا أن تُدْخِلَ زَبِيبَكَ فتَبِيعَهُ كيف شِئْتَ[٦] . ولأنَّ فى ذلك إضْرارًا بالنَّاسِ إذا زادَ تَبِعَهُ أَصْحابُ المَتاعِ ، وإذا نَقَصَ أَضَرَّ بأَصْحَابِ المَتَاعِ . ولنا ، ما رَوَى أبو داودَ ، والتِّرمِذِىُّ ، وابنُ ماجه ، عن أنسٍ قال : غَلَا السِّعْرُ على عَهْدِ رسولِ اللهِ ﷺ فقالوا : يا رسولَ اللهِ ، غلا السِّعْرُ ، فَسَعِّرْ لنا . فقال : « إنَّ اللهَ هُوَ المُسَعِّرُ القَابِضُ البَاسِطُ الرَّازِق ، إنِّى لَأَرْجُو أنْ أَلْقَى اللهَ تَعَالَى وَلَيْسَ أَحَدٌ يَطْلُبُنِى بمَظْلِمَةٍ ، فى

---

(٥) هو حاطب ابن أبى بلتعة صحابى جليل ، شهد بدرًا ، وهو صاحب القصة المشهورة بكتابه إلى المشركين لما أراد النبى أن يغزو مكة ، وبعثه النبى ﷺ إلى المقوقس . توفى سنة ثلاثين فى خلافة عثمان . الإصابة ٤/٢ - ٦ .

(٦) أخرجه الإمام مالك ، مختصرا ، فى : باب الحكرة والتربص ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٥١/٢ والبيهقى ، فى : باب التسعير ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٩/٦ .

دَمٍ ، ولَا مَالٍ »[٧] . قال التِّرمِذِىُّ : هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ ، وعن أبى سَعِيدٍ مثلُه[٨] . فوَجْهُ الدَّلَالَةِ من وَجْهَيْنِ ؛ أحَدِهما ، أنَّه لم يُسَعِّرْ ، وقد سَأَلُوه ذلك ، ولو جازَ لأَجابَهُم إليه . الثانى ، أنَّه عَلَّلَ بكَوْنِه مَظْلِمَةً ، والظُّلْمُ حرامٌ ، ولأنَّه مَالُه ، فلم يَجُزْ مَنْعُه من بَيْعِه بما تَراضَى عليه المُتَبايِعَانِ ، كما اتَّفَقَ الجماعَةُ عليه . قال بعضُ أصْحابِنا : التَّسْعِيرُ سَبَبُ الغَلَاءِ ، لأَنَّ الجَالِبِينَ إذا بَلَغَهُم ذلك ، لم يَقْدَمُوا بِسِلَعِهِمْ بَلَدًا يُكْرَهُونَ على بَيْعِها فيه بغيرِ ما يُرِيدُونَ ، ومَنْ عندَه البضاعَةُ يَمْتَنِعُ من بَيْعِها ، ويَكْتُمُها ، ويَطْلُبُها أهْلُ الحاجَةِ إليها ، فلا يَجِدُونَها إلَّا قَلِيلًا ، فيَرْفَعُونَ فى ثَمَنِها لِيَصِلُوا إليها ، فتَغْلُوا الأَسْعارُ ، ويَحْصُلُ الإِضْرارُ بالجَانِبَيْنِ ، جانِبِ المُلَّاكِ / فى مَنْعِهِمْ من بَيْعِ أمْلاكِهِمْ ، وجانِبِ المُشْتَرِى فى مَنْعِه من الوُصُولِ إلى غَرَضِه ، فيكونُ حَرَامًا . فأمَّا حَدِيثُ عمرَ ، فقد رَوَى فيه سعيدٌ ، والشَّافِعِىُّ ، أنَّ عمرَ لَمَّا رَجَعَ حاسَبَ نَفْسَهُ ، ثم أتَى حَاطِبًا فى دَارِه ، فقال : إنَّ الذى قلتُ لك ليس بعَزِيمَةٍ مِنِّى ولا قَضَاءٍ ، وإنَّما هو شىءٌ أرَدْتُ به الخَيْرَ لأَهْلِ البَلَدِ ، فحيثُ شِئْتَ فَبِعْ كيف شِئْتَ . وهذا رُجوعٌ إلى ما قُلْنا . وما ذَكَرُوهُ من الضَّرَرِ مَوْجُودٌ فيما إذا[٩] باعَ فى بَيْتِه ، ولا يُمْنَعُ منه .

(٢٢/٥ و)

٧٦٤ ـ مسألة ؛ قال : (ونُهِىَ عَنْ تَلَقِّى الرُّكْبَانِ)

فإن تُلُقُّوا ، واشْتُرِىَ مِنْهُمْ ، فَهُمْ بالْخِيَارِ إذَا دَخَلُوا السُّوقَ ، وعَرَفُوا أنَّهُمْ[١] قَدْ غُبِنُوا إنْ أَحَبُّوا أنْ يَفْسَخُوا البَيْعَ فَسَخُوا . رُوِىَ أنَّهم كانوا يَتَلَقَّوْن الأَجْلَابَ ،

---

(٧) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى التسعير ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٤/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى التسعير ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥٣/٦ . وابن ماجه ، فى : باب من كره أن يسعر ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤١/٢ ، ٧٤٢ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى النهى عن أن يسعر فى المسلمين ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٤٩/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٥٦/٣ ، ٢٨٦ .

(٨) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من كره أن يسعر ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٢/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٨٥/٣ .

(٩) سقط من : م .

(١) فى م : « عليهم » .

فَيَشْتَرُونَ منهم الأَمْتِعَةَ قبلَ أن تَهْبِطَ الأَسْوَاقَ ، فربما غَبَنُوهُم غَبْنًا بَيِّنًا ، فَيَضُرُّونهم ، وربما أَضَرُّوا بأَهْلِ البلدِ ؛ لأنَّ الرُّكْبانَ إذا وَصَلُوا باعُوا أَمْتِعَتَهُم ، والذين يَتَلَقَّوْنَهم لا يَبِيعُونَها سَرِيعًا ، ويَتَرَبَّصُونَ بها السِّعْرَ ، فهو فى مَعْنَى بَيْعِ الحاضِرِ لِلْبادِى ، فنَهَى النَّبىُّ ﷺ عن ذلك . ورَوَى طاوسٌ عن أبِيهِ عن ابن عَبَّاسٍ قال : قال رَسولُ اللهِ ﷺ : « لا تَلَقَّوْا الرُّكْبَانَ ، ولا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ » . وعن أبى هُرَيْرَةَ مثلُه ، مُتَّفَقٌ عليهما[2] ، وكَرِهَهُ أَكْثَرُ أَهْلِ العِلْمِ ، منهم عمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، ومالِكٌ ، واللَّيْثُ ، والأَوْزاعِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسْحَاقُ . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ أنَّه لم يَرَ بذلك بَأْسًا . وسُنَّةُ رسولِ الله ﷺ أحَقُّ أن تُتَّبَعَ . فإن خالَفَ ، وتَلَقَّى الرُّكْبانَ ، واشْتَرَى منهم ، فَالبَيْعُ صَحِيحٌ فى قولِ الجَمِيعِ . وقالَه ابنُ عبدِ البَرِّ . وحُكِىَ عن أحمدَ ، رِوايَةٌ أُخرَى ، أنَّ البَيْعَ فاسِدٌ لِظَاهِرِ النَّهْىِ . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ أبا هُرَيْرَةَ رَوَى أنَّ رسولَ الله ﷺ قال : « لا تَلَقَّوْا الجَلَبَ ، فَمَنْ تَلَقَّاهُ ، واشْتَرَى مِنْهُ ، فَإذَا أتَى السُّوقَ فَهُوَ بالْخِيَارِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ[3] ، والخِيَارُ لا يكونُ إلَّا فى عَقْدٍ صَحِيحٍ ، ولأنَّ النَّهْىَ لا لِمَعْنًى فى البَيْعِ ، بل يَعُودُ إلى ضَرْبٍ من الخَدِيعَةِ يُمْكِنُ اسْتِدْرَاكُها بإثْبَاتِ الخِيَارِ ، فأَشْبَه بَيْعَ المُصَرَّاةِ ، وفارَقَ بَيْعَ الحاضِرِ لِلْبَادِى ، فإنَّه لا يمكنُ اسْتِدْرَاكُه بالخِيَارِ ، إذ ليس الضَّرَرُ عليه ، إنَّما هو على المسلمين . فإذا تَقَرَّرَ هذا ، فَلِلْبَائِعِ الخِيارُ إذا عَلِمَ أنَّه قد / غُبِنَ . وقال أصْحَابُ الرَّأْىِ : لا خِيَارَ له . وقد رَوَيْنَا قولَ رسولِ اللهِ ﷺ فى هذا ، ولا قولَ لأَحَدٍ مع قولِه . وظاهِرُ المَذْهَبِ ، أنَّه لا خِيارَ له إلا مع الغَبْنِ ؛ ٥/٢٢ ظ

(٢) حديث ابن عباس ، وحديث أبى هريرة ، تقدم تخريجهما فى صفحة ٣٠٩ .

(٣) فى : باب تحريم تلقى الجلب ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٧/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى التلقى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤١/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية تلقى البيوع ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٢٩/٥ . والنسائى ، فى : باب التلقى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٦/٧ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن تلقى الجلب ، من كتاب =

لأنه إنّما ثَبَتَ لأَجْلِ الخَدِيعَةِ ودَفْعِ الضَّـرَرِ ، ولا ضَرَرَ مع عَدَمِ الغَبْنِ . وهذا ظاهِرُ مذهبِ الشّافِعِيّ ، ويُحْمَلُ إطْلَاقُ الحَدِيثِ فى إثباتِ الخِيارِ على هذا ؛ لِعِلْمِنَا بمَعْناه ومُرادِه ؛ لأنَّه مَعْنًى يَتَعَلَّقُ الخِيارُ بمِثْلِه ، ولأنَّ النَّبِىَّ ﷺ جعَلَ له الخِيارَ إذا أتَى السُّوقَ ، فيُفْهَمُ منه أنَّه أشارَ إلى مَعْرِفَتِه بالغَبْنِ فى السُّوقِ ، ولولا ذلك لكان الخِيارُ له من حينِ البَيْعِ . و لم يُقَدِّر الْخِرَقِىُّ الغَبْنَ المُثْبِتَ لِلْخِيَارِ ، ويَنْبَغِى أن يَتَقَيَّدَ بما يَخْرُجُ عن العادَةِ ؛ لأنَّ ما دون ذلك لا يَنْضَبِطُ . وقال أصْحابُ مالِكٍ : إنَّما نُهِىَ عن تَلَقِّى الرُّكْبَانِ لما يَفُوتُ به من الرِّفْقِ بأَهلِ[4] السُّوقِ ، لِئَلَّا يُقْطَعَ عنهم ما له جَلَسُوا من ابْتِغَاءِ فَضْلِ اللهِ تعالى . قال ابنُ القاسمِ : فإن تَلَقَّاها مُتَلَقٍّ ، فاشْتَراهَا ، عُرِضَتْ على أهْلِ السُّوقِ ، فيَشْتَرِكون فيها . وقال اللَّيْثُ بن سعدٍ : تُبَاعُ فى السُّوقِ . وهذا مُخالِفٌ لِمَدْلُولِ الحديثِ ؛ فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ جَعَلَ الخِيارَ للبائِعِ إذا دَخَلَ السُّوقَ ، و لم يَجْعَلُوا له خِيَارًا ، وجَعْلُ النَّبِىِّ ﷺ الخِيَارَ له يَدُلُّ على أنَّ النَّهْىَ عن تَلَقِّى الرُّكْبَانِ لِحَقِّهِ ، لا لِحَقِّ غيرِه . ولأنَّ الجَالِسَ فى السُّوقِ كالمُتَلَقِّى ، فى أنَّ كلَّ واحِدٍ منهما مُبْتَغٍ لِفَضْلِ اللهِ تعالى ، فلا يَلِيقُ بالحِكْمَةِ فَسْخُ عَقْدِ أحدِهِما ، وإلْحَاقُ الضَّرَرِ به ، دَفْعًا لِلضَّرَرِ عن مثلِه ، ولَيْسَ رِعَايَةُ حَقِّ الجالِسِ أولَى من رِعَايَةِ حَقِّ المُتَلَقِّى[5] ، ولا يُمْكِنُ اشْتِرَاكُ أهْلِ السُّوقِ كلِّهم فى سِلْعَتِه ، فلا يُعَرَّجُ على مثلِ هذا . واللهُ أعلمُ .

فصل : فإن تَلَقَّى الرُّكْبَانَ ، فباعَهم شَيْئًا ، فهو بمَنْزِلَةِ الشِّراءِ منهم ، ولهم الخِيَارُ إذا غَبَنَهُم غَبْنًا يَخْرُجُ عن العَادَةِ . وهذا أحدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشّافِعِىّ . وقالوا فى الآخرِ : النَّهْىُ عن الشِّراءِ دونَ البَيْعِ ، فلا يَدْخُلُ البَيْعُ فيه . وهذا مُقْتَضَى قولِ

= التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٥/٢ . والدارمى ، فى : باب النهى عن تلقى البيوع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى . ٢٥٥/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٨٨/٢ .

(٤) فى م : « لأهل » .

(٥) فى م : « الملتقى » .

أَصْحابِ مالِكٍ ؛ لأنَّهم عَلَّلُوا ذلك بما ذَكَرْنا عنهم ، ولا يَتَحَقَّقُ ذلك فى البَيْعِ لهم .

ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « لَا تَلَقَّوُا / الرُّكبَانَ » . والبائِعُ داخِلٌ فى هذا . ولأنّ النَّهْىَ ٢٣/٥ و عنه لما فيه مِن خَدِيعَتِهم وغَبْنِهم ، وهذا فى البَيْعِ كهُوَ فى الشِّراءِ ، والحَدِيثُ قد جاءَ مُطْلَقًا ، ولو كان مُخْتَصًّا بالشِّراءِ لأُلْحِقَ به ما فى مَعْناه ، وهذا فى مَعْناه .

فصل : فإنْ خَرَجَ لغيرِ قَصْدِ التَّلَقِّى ، فَلَقِىَ رَكْبًا ، فقال القاضى : ليس له الابْتِياعُ مِنهم ، ولا الشِّراءُ . وهذا أَحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصحابِ الشّافِعِىِّ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَحْرُمَ عليه ذلك . وهو قولُ اللَّيْثِ بن سَعْدٍ . والوجهُ الثّانى لأصحابِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه لم يَقْصِدِ التَّلَقِّىَ ، فلم يَتناوَلْه النَّهْىُ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنّه إنّما نَهَى عن التَّلَقِّى دَفْعًا للخَدِيعَةِ والغَبْنِ عنهم ، وهذا مُتَحَقِّقٌ ، سواءٌ قَصَدَ التَّلَقِّىَ ، أو لم يَقْصِدْه ، فوَجَبَ المَنْعُ منه ، كما لو قَصَدَ .

فصل : وإنْ تَلَقَّى الجَلَبَ فى أعْلَى السُّوق[٦] ، فلا بَأْسَ ، فإنَّ ابنَ عمرَ رَوَى أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى أنْ تُتَلَقَّى السِّلَعُ حتى يُهْبَطَ بها [٧]إلى السُّوقِ[٧] . رواه البُخارِىُّ[٨] . ولأنَّه إذا صارَ فى السُّوقِ ، فقد صارَ فى مَحَلِّ البَيْعِ والشِّراءِ ، فلم يَدْخُلْ فى النَّهْىِ ، كالذى وَصَلَ إلى وَسَطِها .

فصل : والاحْتِكارُ حَرامٌ ؛ لما رُوِىَ عن الأثْرَمِ ، عن أبى أُمامَةَ ، قال : نَهَى رسولُ اللهِ ﷺ أنْ يُحْتَكَرَ الطَّعامُ[٩] . ورَوَى أيضًا ، بإسنادِه عن سعيدِ بن

---

(٦) فى م : « الأسواق » .

(٧ - ٧) فى م : « الأسواق » .

(٨) فى : باب النهى عن تلقى الركبان ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/٩٥ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم تلقى الجلب ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٥٦ . وأبو داود ، فى : باب فى التلقى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٤١ . والدارمى ، فى باب لا يبع على بيع أخيه ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٥٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٧ ، ٢٢ ، ٦٣ ، ٩١ .

(٩) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى الاحتكار ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٦/٣٠ . والحاكم ، =

المُسَيَّبِ ، أنّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « مَنِ احْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِىءٌ »[10] . ورُوِىَ أنّ عمرَ بن الخطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، خَرَجَ مع أصحابِه ، فرأى طَعَامًا كَثِيرًا قد أُلْقِىَ على بابِ مَكَّةَ ، فقال : ما هذا الطَّعامُ ؟ فقالوا : جُلِبَ إلينا . فقال : بارَكَ اللهُ فيه ، وفى مَن جَلَبَه . فقِيلَ له : فإنَّه قد احْتُكِرَ . قال : ومَن احْتَكَرَه ؟ قالوا : فُلانٌ مَوْلَى عثمانَ ، وفلانٌ مَوْلاكَ . فأرْسَلَ إليهما ، فقال : ما حَمَلَكُما على احْتِكارِ طَعامِ المسلمين ؟ قالا : نَشْتَرِى بأموالِنا ونَبِيعُ . قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقول : « مَنِ احْتَكَرَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ طَعَامَهُمْ ، لَمْ يَمُتْ حَتَّى يَضْرِبَهُ اللهُ بِالْجُذَامِ أَوِ الْإِفْلَاسِ »[11] . قال الرّاوِى : فأمَّا مَوْلَى عثمانَ فباعَه ، وقال : واللهِ لا أحْتَكِرُه أبَدًا . وأمّا مَوْلَى عمرَ فلم يَبِعْه ، فرَأَيْتُه مَجْذُومًا . ورُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ أنّه قال : « الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ والمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ »[12] .

٢٣/٥ ظ /**فصل** : والاحْتِكارُ المُحَرَّمُ ما اجْتَمَعَ فيه ثلاثةُ شُرُوطٍ ؛ أحدُها ، أنْ يَشْتَرِىَ ، فلو جَلَبَ شَيْئًا ، أو أدْخَلَ مِن غَلَّتِه شَيْئًا ، فادَّخَرَه ، لم يَكُنْ مُحْتَكِرًا . رُوِىَ [عن][13] الحَسَنِ ومالِكٍ . وقال الأوْزاعِىُّ : الجالِبُ ليس بِمُحْتَكِرٍ ؛ لقولِه :

= فى : باب لا يحتكر إلا خاطئ ، من كتاب البيوع . مستدرك الحاكم ١١/٢ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى احتكار الطعام ، من كتاب البيوع . المصنف ١٠٢/٦ .

(١٠) أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم الاحتكار فى الأقوات ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٢٧/٣ ، ١٢٢٨ . وأبو داود ، فى : باب فى النهى عن الحكرة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٣/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الاحتكار ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٠/٥ . وابن ماجه ، فى : باب الحكرة والجلب ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٢٨/٢ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن الاحتكار ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٤٨/٢ ، ٢٤٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٥٣/٣ ، ٤٥٤ ، ٤٠٠/٦ .

(١١) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الحكرة والجلب ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٢٩/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢١/١ .

(١٢) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الحكرة والجلب ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٢٨/٢ . والدارمى . فى : باب فى النهى عن الاحتكار ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٤٩/٢ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى الاحتكار ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٠/٦ .

(١٣) تكملة يقتضيها المعنى .

« الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ ، والمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ »[١٤] . ولأنَّ الجالِبَ لا يُضَيِّقُ على أحَدٍ ، ولا يَضُرُّ به ، بل يَنْفَعُ ، فإنَّ النّاسَ إذا عَلِمُوا عِنْدَه طعامًا مُعَدًّا للبَيْعِ ، كان ذلك أطْيَبَ لقُلُوبِهم مِن عَدَمِه . الثّانى ، أنْ يَكُونَ المُشْتَرَى قُوتًا . فأمّا الإدامُ ، والحَلْواءُ ، والعَسَلُ ، والزَّيْتُ ، وأعلافُ البهائِمِ ، فليس فيها احْتِكارٌ مُحَرَّمٌ . قال الأثْرَمُ : سَمِعْتُ أبا عبدِ اللهِ يُسْأَلُ ، عن أىِّ شىءٍ الاحْتِكار ؟ قال : إذا كان مِن قُوتِ النّاسِ فهو الذى يُكْرَه . وهذا قولُ عبدِ اللهِ بن عَمْرٍو . وكان سَعِيدُ بن المُسَيَّبِ – وهو راوى حَدِيثِ الاحْتِكارِ – يَحْتَكِرُ الزَّيْتَ . قال أبو داوُدَ : كان يَحْتَكِرُ النَّوَى ، والخَبْطَ ، والبَزْرَ[١٥] . ولأنَّ هذه الأشياءَ مما لا تَعُمُّ الحاجَةُ إليها ، فأشْبَهَتِ الثِّيابَ ، والحَيَواناتِ . الثّالث ، أنْ يُضَيِّقَ على النّاسِ بشِرائِه . ولا يَحْصُلُ ذلك إلّا بأمْرَيْنِ ؛ أحَدِهما ، يَكُونُ فى بَلَدٍ يُضَيِّقُ بأهلِه الاحْتِكارُ ، كالحَرَمَيْنِ ، والثُّغُورِ . قال أحمدُ : الاحْتِكارُ فى مِثْلِ مَكَّةَ ، والمَدِينَةِ ، والثُّغُورِ . فظاهِرُ هذا أنَّ البِلادَ الواسِعَةَ الكَثِيرَةَ المَرافِقِ والجَلَبِ ، كبَغْدَادَ ، والبَصْرَةِ ، ومِصْرَ ، لا يَحْرُمُ فيها الاحْتكارُ ؛ لأنّ ذلك لا يُؤَثِّرُ فيها غالِبًا . الثّانى ، أنْ يَكُونَ فى حالِ الضِّيقِ ، بأنْ يَدْخُلَ البَلَدَ قافِلَةٌ فيَتَبادَرُ ذَوُو الأموالِ فيَشْتَرُونَها ، ويُضَيِّقُونَ على النَّاسِ . فأمَّا إنِ اشْتَراه فى حالِ الاتِّساعِ والرُّخْصِ ، على وَجْهٍ لا يُضَيِّقُ على أحَدٍ ، فليس بمُحَرَّمٍ .

٧٦٥ – مسألة ؛ قال : (وَبَيْعُ الْعَصِيرِ مِمَّنْ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا بَاطِلٌ)

وجُمْلَةُ ذلك ؛ أنّ بَيْعَ العَصِيرِ لِمَن يَعْتَقِدُ أنَّه يَتَّخِذُه خَمْرًا مُحَرَّمٌ . وكَرِهَه الشّافِعِىُّ ، وذَكَرَ بعضُ أصحابِه أنّ البائِعَ إذا اعْتَقَدَ أنَّه يَعْصِرُها خَمْرًا ، فهو مُحَرَّمٌ ، وإنّما يُكْرَه إذا شَكَّ فيه . وحَكَى ابنُ المُنْذِرِ عن الحَسَنِ وعطاءٍ والثَّوْرِىِّ ؛ أنّه

---

(١٤) تقدم تخريجه فى الصفحة السابقة .

(١٥) البَزْر : كل حب يبذر للنبات ، جمعه بُزُور . القاموس .

لا بَأْسَ ببَيْعِ التَّمْرِ مِمَّنْ[1] يَتَّخِذُه مُسْكِرًا . قال الثَّوْرِىُّ : بِعِ الحلالَ ممَّنْ شِئْتَ . / واحْتَجَّ لهم بقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾[2] . ولأنَّ البَيْعَ تَمَّ بأرْكانِه وشُرُوطِه . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ﴾[3] . وهذا نَهْىٌ يَقْتَضِى التَّحْرِيمَ . ورُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه لَعَنَ فى الخَمْرِ عَشَرَةً . فرَوَى ابنُ عَبّاسٍ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ أتاه جِبْرِيلُ ، فقال : يا مُحَمَّدُ ، إنَّ اللهَ لَعَنَ الخَمْرَ ، وعاصِرَها ، ومُعْتَصِرَها ، وحامِلَها ، والمَحْمُولَةَ إليه ، وشارِبَها ، وبائِعَها ، ومُبْتاعَها ، وسَاقِيَها . وأشارَ إلى كُلِّ مُعاوِنٍ عليها ، ومُساعِدٍ فيها . أخْرَجَ هذا الحَدِيثَ التِّرمِذِىُّ[4] ، من حَدِيثِ أنَسٍ ، وقال : قد رُوِىَ هذا الحَدِيثُ عن ابنِ عَبّاسٍ[5] ، وابنِ عمرَ[6] ، عن النَّبِىِّ ﷺ . ورَوَى ابنُ بَطَّةَ فى تَحْرِيمِ النَّبِيذِ ، بإسنادِه ، عن مُحَمَّدِ بن سِيرِينَ ، أنَّ قَيِّمًا كان لسَعْدِ بن أبى وَقّاصٍ فى أرْضٍ له ، فأخْبَرَه عن عِنَبٍ أنَّه لا يَصْلُحُ زَبِيبًا ، ولا يَصْلُحُ أن يُباعَ إلَّا لمن يَعْصِرُه ، فأمَرَ بقَلْعِه ، وقال : بِئْسَ الشَّيْخُ أنا إنْ بِعْتُ الخَمْرَ[7] . ولأنَّه يَعْقِدُ عليها لمن يَعْلَمُ أنَّه يُرِيدُها للمَعْصِيَةِ ، فأشْبَهَ إجارَةَ أمَتِه لمن يَعْلَمُ أنَّه يَسْتَأْجِرُها لِيَزْنِىَ بها . والآيَةُ مَخْصُوصَةٌ

٢٤/٥ و

---

(١) فى م : « لمن » .

(٢) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٣) سورة المائدة ٢ .

(٤) فى : باب النهى أن يتخذ الخمر خلا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٩٥ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب لعنت الخمر على عشرة أوجه ، من كتاب الأشربة . سنن ابن ماجه ٢/١١٢٢ .

(٥) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١/٣١٦ .

(٦) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى العنب يعصر للخمر ، من كتاب الأشربة . سنن أبى داود ٢/٢٩٢ . وابن ماجه ، فى : باب لعنت الخمر على عشرة أوجه ، من كتاب الأشربة . سنن ابن ماجه ٢/١١٢١ ، ١١٢٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٥ ، ٧١ ، ٩٧ .

(٧) أخرجه النسائى ، فى : باب الكراهية فى بيع العصير ، من كتاب الأشربة . المجتبى ٨/٢٩٤ . وعبد الرزاق ، فى : باب العصير شربه وبيعه ، من كتاب الأشربة . مصنف عبد الرزاق ٩/٢١٨ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى بيع العصير ، من كتاب البيوع والأقضية . مصنف ابن أبى شيبة ٦/٥٩٨ .

بصُوَرٍ كَثِيرَةٍ ، فيُخَصُّ مِنها مَحَلُّ النِّزاعِ بدَلِيلِنا . وقولُهم : تَمَّ البَيْعُ بشُرُوطِه[٨] وأرْكانِه . قُلْنا : لَكِنْ وُجِدَ المانِعُ منه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنّما يَحْرُمُ البَيْعُ ويَبْطُلُ ، إذا عَلِمَ البائعُ قَصْدَ المُشْتَرِى ذلك ، إمَّا بقولِه ، وإمّا بقَرائِنَ مُخْتَصَّةٍ به ، تَدُلُّ على ذلك . فأمّا إنْ كان الأمْرُ مُحْتمِلًا ، مِثْلُ أنْ يَشْتَرِيَها مَن لا يَعْلَمُ حالَه ، أو مَن يَعْمَلُ الخَلَّ والخَمْرَ مَعًا ، و لم يَلْفِظْ بما يَدُلُّ على إرادَةِ الخَمْرِ ، فالبَيْعُ جائِزٌ . وإذا ثَبَتَ التَّحْرِيمُ ، فالبَيْعُ باطِلٌ ، ويَحْتَمِلُ أنْ يَصِحَّ ، وهو مذهبُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ المُحَرَّمَ فى ذلك اعْتِقادُه بالعَقْدِ دُونَه ، فلم يَمْنَعْ صِحَّةَ العَقْدِ ، كما لو دَلَّسَ العَيْبَ . ولَنا ، أنَّه عَقَدَ على عَيْنٍ ، لمَعْصِيَةِ اللهِ بها ، فلم يَصِحَّ ، كإجارَةِ الأمَةِ للزِّنَى والغِناءِ . وأمّا التَّدْلِيسُ ، فهو المُحَرَّمُ ، دُونَ العَقْدِ . ولأنّ التَّحْرِيمَ هٰهُنا لحَقِّ اللهِ تعالى ، فأفْسَدَ العَقْدَ ، كبَيْعِ دِرْهَمٍ بدِرْهَمَيْنِ ، ويُفارِقُ التَّدْلِيسَ ، فإنَّه لحَقِّ آدَمِىٍّ .

فصل : وهكذا الحُكْمُ فى كُلِّ ما قُصِدَ[٩] به الحرامُ ، / كبَيْعِ السِّلاحِ لأهلِ الحَرْبِ ، أو لقُطّاعِ الطَّرِيقِ ، أو فى الفِتْنَةِ ، وبَيْعِ الأمَةِ للغِناءِ ، أو إجارَتِها كذلك ، أو إجارَةِ دارِه لبَيْعِ الخَمْرِ فيها ، أو لِتُتَّخَذَ كَنِيسَةً ، أو بَيْتَ نارٍ ، وأشباهِ ذلك . فهذا حرامٌ ، والعَقْدُ باطِلٌ ؛ لِما قَدَّمْنا . قال ابنُ عَقِيلٍ : وقد نَصَّ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ على مسائِلَ ، نَبَّهَ بها على ذلك ، فقال فى القَصّابِ والخَبّازِ : إذا عَلِمَ أنّ مَن يَشْتَرِى منه ، يَدْعُو عليه مَن يَشْرَبُ المُسْكِرَ ، لا يَبِيعُه ، ومَن يَخْتَرِطُ الأقداحَ لا يَبِيعُها مِمَّن يَشْرَبُ فيها . ونَهَى عن بَيْعِ الدِّيباجِ للرِّجالِ ، ولا بَأْسَ ببَيْعِهِ للنِّساءِ . ورُوِىَ عنه ؛ لا يَبِيعُ الجَوْزَ مِن الصِّبْيانِ للقِمارِ . وعلى قِياسِه البَيْضُ ، فيكونُ بَيْعُ ذلك كُلِّه باطِلًا .

فصل : قيل لأحمدَ : رَجُلٌ ماتَ ، وخَلَّفَ جارِيَةً مُغَنِّيَةً ، ووَلَدًا يَتِيمًا ، وقد

(٨) فى م : « وشروطه » .

(٩) فى م : « بقصد » .

احتاجَ إلى بَيْعِها . قال : يَبيعُها على أنّها ساذِجَةٌ . فقيل له : فإنّها تُساوِى ثلاثين ألْفَ دِرْهَمٍ ، فإذا بِيعَتْ ساذِجَةً تُساوِى عِشْرِينَ دِينارًا . قال : لا تُباعُ إلّا على أنّها ساذِجَةٌ . ووَجْهُ ذلك ما رَوَى أبو أُمامَةَ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ؛ أنّه قال : « لَا يَجُوزُ بَيْعُ المُغَنِّيَاتِ ، وَلَا أثْمانُهُنَّ ، وَلَا كَسْبُهُنَّ » . قال التِّرمِذِىُّ[10] : هذا لا نَعْرِفُه إلّا مِن حَدِيثِ عَلِىِّ بن يَزِيدَ ، وقد تَكَلَّمَ فيه أهلُ العِلْمِ . ورواه ابنُ مَاجَه[11] . وهذا يُحْمَلُ على بَيْعِهِنَّ لأجلِ الغِناءِ ، فأمّا ماليَّتُهُنَّ الحاصِلَةُ بغيرِ الغِناءِ فلا تَبْطُلُ ، كما أنَّ العَصِيرَ لا يَحْرُمُ بَيْعُه لغيرِ الخَمْرِ ، لصَلاحِيَتِه للخَمْرِ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ الخَمْرِ ، ولا التَّوْكِيلُ فى بَيْعِه ، ولا شراؤه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على أنَّ بَيْعَ الخَمْرِ غيرُ جائزٍ . وقال أبو حنيفةَ : يجوزُ للمُسْلِمِ أنْ يُوَكِّلَ ذِمِّيًّا فى بَيْعِها وشِرائِها . وهو غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ عائِشَةَ رَوَتْ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « حُرِّمَتِ التِّجَارَةُ فِى الْخَمْرِ »[12] . وعن جابرٍ ، أنّه سَمِعَ النَّبِىَّ ﷺ عامَ الفَتْحِ ، وهو بمَكَّةَ ، يقولُ : « إنَّ[13] اللهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَا بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ والأصْنَامِ » . فقيل : يا رسولَ اللهِ ، أرأيْتَ شُحُومَ المَيْتَةِ ، فإنَّه

---

(10) فى : باب ما جاء فى كراهية بيع المغنيات ، من أبواب البيوع . وباب تفسير سورة لقمان ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٢٨١/٥ ، ٢٨٢ ، ٧٢/١٢ ، ٧٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢٥٢/٥ ، ٢٥٧ ، ٢٦٤ ، ٢٦٨ .

(11) فى : باب ما لايحل بيعه ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٣/٢ .

(12) أخرجه البخارى ، فى : باب تحريم تجارة الخمر فى المسجد ، من كتاب الصلاة . وباب آكل الربا وشاهده وكاتبه ... ، وباب تحريم التجارة فى الخمر ... ، من كتاب البيوع . وباب : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ ... ، وباب : ﴿ يمحق الله الربا ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ١٢٤/١ ، ٧٧/٣ ، ٤٠/٦ ، ١٠٨ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الخمر ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٦/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى ثمن الخمر والميتة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥١/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى بيع جلود الميتة والأصنام ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٣٠٠/٥ . والنسائى ، فى : باب النهى عن الانتفاع بشحوم الميتة ، وباب بيع الخنزير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٢/٧ ، ٢٧٣ . وابن ماجه ، فى : باب ما لا يحل فى بيعه ، من كتاب الأشربة . سنن ابن ماجه ٧٣٢/٢ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن بيع الخمر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٥٥/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٢٤/٣ ، ٣٢٦ . وانظره فى : ٣٤٠/٣ .

(13) سقط من : الأصل .

تُطْلَى بها السُّفُنُ ، وتُدْهَنُ بها الجُلُودُ ، ويَسْتَصْبِحُ[١٤] بها النّاسُ ؟ فقال : « لَا ، هُوَ حَرَامٌ » . ثم قال رسولُ اللهِ ﷺ : « قَاتَلَ / اللهُ الْيَهُودَ ، إنَّ اللهَ تَعَالَى حَرَّمَ عَلَيْهِمْ شُحُومَهَا ، فَجَمَلُوهُ[١٥] ، ثُمَّ بَاعُوهُ ، وَأَكَلُوا ثَمَنَهُ » . مُتَّفَقٌ عليه[١٦] . ومَن وُكِّلَ فى بَيْعِ الخَمْرِ ، وأَكَلَ ثَمَنَه ، فقد أشْبَهَهُم فى ذلك . ولأنَّ الخَمْرَ نَجِسَةٌ مُحَرَّمَةٌ ، فحُرِّمَ[١٧] بَيْعُها ، والتَّوْكِيلُ فى بَيْعِها ، كالمَيْتَةِ والخِنْزِيرِ ، ولأنَّه يَحْرُمُ عليه بَيْعُه ، فَحَرُمَ عليه التَّوْكِيلُ [١٨]فى بَيْعِه[١٨] ، كالخِنْزِيرِ .

٢٥/٥ و

٧٦٦ ـ مسألة ؛ قال : (وَيَبْطُلُ الْبَيْعُ إذَا كَانَ فِيهِ شَرْطَانِ ، وَلَا يُبْطِلُهُ شَرْطٌ وَاحِدٌ)

ثَبَتَ عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّه قال : الشَّرْطُ الواحِدُ لا بَأْسَ به ، إنَّما نُهِىَ عن الشَّرْطَيْنِ فى البَيْعِ . ذَهَبَ أحمدُ إلى ما رَوَى عبدُ اللهِ بن عَمْرٍو ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وبَيْعٌ ، وَلَا شَرْطَانِ فى بَيْعٍ ، ولا تَبِعْ ما لَيْسَ عِنْدَكَ » . أخْرجَه أبو داوُدَ ، والتِّرْمِذِىُّ[١] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . قال الأَثْرَمُ :

---

(١٤) أى يُشْعِلُون بها سُرُجَهم .

(١٥) جَمَلَه يجْمُله جَمْلا ، وأجْمَلَه : أذابَه واستخرج دُهْنَه . لسان العرب (ج م ل) .

(١٦) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الميتة والأصنام ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/١١٠ ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الخمر والميتة ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١٢٠٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى ثمن الخمر والميتة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٠ ، ٢٥١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى بيع جلود الميتة والأصنام ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٩٩ ، ٣٠٠ . والنسائى ، فى : باب بيع الخنزير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٧٢ ، ٢٧٣ . وابن ماجه ، فى : باب ما لا يحل بيعه، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٢ .

(١٧) فى م : « يحرم » .

(١٨ – ١٨) سقط من : م .

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٤٣ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب بيع ما ليس عند البائع ، وباب سلف وبيع ... ، وباب شرطان فى بيع ... ، =

قيل لأبى عبدِ اللهِ : إنّ هؤلاءِ يَكْرَهُونَ الشَّرْطَ فى البَيْعِ . فنَفَضَ يَدَه ، وقال : الشَّرْطُ الواحِدُ لا بَأْسَ به فى البَيْعِ ، إنّما نَهى رسولُ اللهِ ﷺ عن شَرْطَيْنِ فى البَيْعِ . وحَدِيثُ جابِرٍ يَدُلُّ على إباحَةِ الشَّرْطِ ، حين باعَه جَمَلَه ، وشَرَطَ ظَهْرَه إلى المَدِينَةِ[٢] . واخْتُلِفَ فى تَفْسِيرِ الشَّرْطَيْنِ المَنْهِيِّ عنهما ، فرُوِىَ عن أحمدَ ؛ أنَّهما شَرْطانِ صَحِيحانِ ، ليسا مِن مَصْلَحَةِ العَقْدِ . فحَكَى ابنُ المُنْذِرِ عنه ، وعن إسحاقَ ، فى مَن اشْتَرَى ثَوْبًا ، واشْتَرَطَ على البائعِ خِياطَتَه وقِصارَتَه ، أو طَعَامًا ، واشْتَرَطَ طَحْنَه وحَمْلَه : إن اشْتَرَطَ أحَدَ هذه الأشياءِ ، فالبَيْعُ جائِزٌ ، وإن اشْتَرَطَ شَرْطَيْنِ ، فالبَيْعُ باطِلٌ . وكذلك فَسَّرَ القاضى فى « شَرْحِه » الشَّرْطَيْنِ المُبْطِلَيْنِ بنَحْوٍ مِن هذا التَّفْسِيرِ . ورَوَى الأثْرَمُ عن أحمدَ تَفْسِيرَ الشَّرْطَيْنِ ؛ أنْ يَشْتَرِيَها على أنَّه لا يَبِيعُها مِن أحَدٍ ، وأنَّه يَطَؤُها . فَفَسَّرَه بشَرْطَيْنِ فاسِدَيْنِ . ورَوَى عنه إسْماعِيلُ بن سعيدٍ[٣] فى الشَّرْطَيْنِ فى البَيْعِ ، أنْ يَقُولَ : إذا بِعْتُكَها[٤] فأنا أحَقُّ بها بالثَّمَنِ ، وأنْ تَخْدِمَنى سَنَةً . وظَاهِرُ كلامِ أحمدَ ؛ أنّ الشَّرْطَيْنِ المَنْهِيَّ عنهما ما كان مِن هذا النَّحْوِ . فأمّا إنْ شَرَطَ شَرْطَيْنِ ، أو أكْثَرَ ، مِن مُقْتَضَى العَقْدِ ، أو مَصْلَحَتِه ، مِثْلُ أنْ يَبِيعَه بشَرْطِ الخِيارِ ، والتَّأْجِيلِ ، والرَّهْنِ ، والضَّمِينِ ، أو بشَرْطِ أنْ يُسَلِّمَ إليه المَبِيعَ أو الثَّمَنَ ، فهذا لا يُؤَثِّرُ فى العَقْدِ وإنْ كَثُرَ . /وقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّه متى شَرَطَ فى العَقْدِ شَرْطَيْنِ ، بَطَلَ ، سواءٌ كانا صَحِيحَيْنِ ، أو فاسِدَيْنِ ، لمَصْلَحَةِ العَقْدِ ، أو لغيرِ مَصْلَحَتِه . أخْذًا مِن ظاهِرِ الحَدِيثِ ، وعَمَلًا بعُمُومِه . ولم يُفَرِّقِ الشّافِعِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ بَيْنَ الشَّرْطَيْنِ ، ورَوَوْا أنّ النَّبِىَّ ﷺ

٢٥/٥ ظ

= من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٤/٧ ، ٢٥٩ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن شرطين فى بيع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٥٣/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٧٩/٢

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٦٧ .

(٣) فى النسخ : « سيد » .

وانظر ترجمتنا له فى : ٣٧/١ .

(٤) فى الأصل : « بعتها » .

نَهَى عن بَيْعٍ وشَرْطٍ[٥] . ولأنّ الصَّحِيحَ لا يُؤَثِّرُ فى البَيْعِ وإنْ كَثُرَ ، والفاسِدُ يُؤَثِّرُ فيه وإنِ اتَّحَدَ . والحَدِيثُ الذى رويناه يَدُلُّ على الفَرْقِ . ولأنَّ الغَرَرَ اليَسِيرَ إذا احْتُمِلَ فى العَقْدِ ، لا يَلْزَمُ منه احْتِمالُ الكَثِيرِ . وحَدِيثُهُم لم يَصِحَّ ، وليس له أصْلٌ ، وقدأنْكَرَه أحمدُ ، ولا نَعْرِفُه مَرْوِيًّا فى مُسْنَدٍ ، فلا[٦] يُعَوَّلُ عليه . وقولُ القاضى : إنّ النَّهْىَ يَبْقَى على عُمُومِه فى كُلِّ شَرْطَيْنِ . بَعِيدٌ أيضًا ؛ فإنَّ شَرْطَ ما يَقْتَضِيه العَقْدُ لا يُؤَثِّرُ فيه بغيرِ خلافٍ ، وشَرْطَ ما هو مِن مَصْلَحَةِ العَقْدِ ، كالأَجَلِ ، والخِيارِ ، والرَّهْنِ ، والضَّمِينِ ، وشَرْطَ صِفَةٍ فى المَبِيعِ ، كالكِتابَةِ ، والصِّناعَةِ ، فيه مَصْلَحَةُ العَقْدِ ، فلا يَنْبَغِى أنْ يُؤَثِّرَ أيضًا فى بُطْلانِه ، قَلَّتْ أو كَثُرَتْ . ولم يَذْكُرْ أحمدُ فى هذه المَسْأَلَةِ شَيْئًا مِن هذا القِسْمِ ، فالظَّاهِرُ أنَّه غيرُ مُرادٍ له .

فصل : والشُّرُوطُ تَنْقَسِمُ[٧] أرْبَعَةَ أقْسَامٍ ؛ أحَدها ، ما هو مِن مُقْتَضَى العَقْدِ ، كاشْتِراطِ التَّسْلِيمِ ، وخِيارِ المَجْلِسِ ، والتَّقابُضِ فى الحالِ . فهذا وُجُودُه كعَدَمِه ، لا يُفِيدُ حُكْمًا ، ولا يُؤَثِّرُ فى العَقْدِ .

الثّانى ، تَتَعَلَّقُ به مَصْلَحَةُ العاقِدَيْنِ ، كالأَجَلِ ، والخِيارِ ، والرَّهْنِ ، والضَّمِينِ ، والشَّهادَةِ ، أو اشْتِراطِ صِفَةٍ مَقْصُودَةٍ فى المَبِيعِ ، كالصِّناعَةِ والكِتابَةِ ، ونَحْوِها . فهذا شَرْطٌ جائِزٌ يَلْزَمُ الوفاءُ به . ولا نَعْلَمُ فى صِحَّةِ هَذَيْنِ القِسْمَيْنِ خلافًا .

الثّالث ، ما ليس مِن مُقْتَضاه ، ولا مِن مَصْلَحَتِه ، ولا يُنافِى مُقْتَضاه ، وهو نوعانِ ؛ أحَدُهما ، اشْتِراطُ مَنْفَعَةِ البائِعِ فى المَبِيعِ ، فهذا قد مَضَى ذِكْرُه . الثّانى ، أنْ يَشْتَرِطَ عَقْدًا فى عَقْدٍ ، نَحْوَ أنْ يَبِيعَه شَيْئًا بشَرْطِ أنْ يَبِيعَه شَيْئًا آخَرَ ، أو يَشْتَرِىَ

---

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ١٦٥ ، ١٦٦

(٦) فى م : « ولا » .

(٧) فى م زيادة : « إلى » .

منه ، أو يُؤْجِرَه ، أو يُزَوِّجَه ، أو يُسَلِّفَه ، أو يَصْرِفَ له الثَّمَنَ أو غيرَه ، فهذا شَرْطٌ فاسِدٌ يَفْسُدُ به البَيْعُ ، سواء اشْتَرَطَه[8] البائِعُ أو المُشْتَرِى ، / [9]وسَنَذْكُرُ ذلك[9] إنْ شاءَ اللهُ تعالى . ٢٦/٥ و

الرّابع ، اشْتِراطُ ما يُنافى مُقْتَضَى البَيْعِ ، وهو على ضَرْبَيْنِ ؛ أَحدِهمَا ، اشْتِراطُ ما يُبْنَى على التَّغْلِيبِ والسِّرايَةِ ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِطَ البائِعُ على المُشْتَرِى عِتْقَ العبدِ ، فهل يَصِحُّ ؟ على رِوايَتَيْنِ ؛ إحْداهما ، يَصِحُّ . وهو مذهبُ مالِكٍ ، وظاهِرُ مذهبِ الشّافِعِىِّ ؛ لأَنَّ عائِشَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ ، وشَرَطَ أَهْلُها عليها عِتْقَها ، ووَلاءَها ، فأَنْكَرَ النَّبىُّ ﷺ شَرْطَ[10] الوَلاءِ ، دُونَ العِتْقِ[11] . والثّانيةُ ، الشَّرْطُ فاسِدٌ . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ؛ لأَنَّه شَرْطٌ يُنافى مُقْتَضَى العَقْدِ ، أَشْبَهَ إذا شَرَطَ أَنْ لا يَبِيعَه ، لأَنَّه شَرَطَ عليه إزالَةَ مِلْكِه عنه ، أَشْبَهَ ما لو شَرَطَ أَنْ يَبِيعَه . وليس فى حَدِيثِ عائِشَةَ أَنَّها شَرَطَتْ لهم العِتْقَ ، وإنّما أَخْبَرَتْهُم بإرادَتِها لذلك مِن غيرِ شَرْطٍ ، فاشْتَرَطُوا الوَلاءَ ، فإذا حَكَمْنا بفسادِه ، فحُكْمُه حُكْمُ سائِرِ الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ التى يأْتى ذِكْرُها . وإنْ حَكَمْنا بصِحَّتِه ، فأَعْتَقَه المُشْتَرِى ، فقد وَفَى بما شُرِطَ عليه ، وإنْ لم يُعْتِقْه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أَحَدُهما ، يُجْبَرُ ؛ لأَنَّ شَرْطَ العِتقِ إذا صَحَّ ، تَعَلَّقَ بعَيْنِه ، فيُجْبَرُ عليه ، كما لو نَذَرَ عِتْقَه[12] . والثّانى ، لا يُجْبَرُ ؛ لأَنَّ الشَّرْطَ لا يُوجِبُ فِعْلَ المَشْرُوطِ ، بدَلِيلِ ما لو شَرَطَ الرَّهْنَ ، والضَّمِينَ ، فعلى هذا يَثْبُتُ للبائِعِ خِيارُ الفَسْخِ ، لأَنَّه لم يُسَلِّمْ له ما شَرَطَه له ، أَشْبَهَ ما لو شَرَطَ عليه رَهْنًا . وإنْ تَعَيَّبَ المَبِيعُ ، أو كان أَمَةً ، فأَحْبَلَها ، أَعْتَقَه ، وأَجْزَأَه ؛ لأَنَّ الرِّقَّ باقٍ فيه .

---

(٨) فى الأصل : « اشترط » .
(٩ - ٩) فى م : « وسنذكره » .
(١٠) سقط من : الأصل .
(١١) سيأتى تخريجه فى صفحة ٣٢٦ .
(١٢) فى م : « عنه » .

وإن استَغَلَّه ، أو أخذَ مِن كَسْبِه شيْئًا ، فهو له . وإنْ ماتَ المَبِيعُ ، رَجَعَ البائِعُ على المشْتَرِى بما نَقصَه شَرْطُ العِتْقِ ، فيُقالُ : كم قِيمَتُه لو بِيعَ مُطْلَقًا ؟ وكم يُساوِى إذا بِيعَ بشَرْطِ العِتْقِ ؟ فيَرْجِعُ[13] بِقِسْطِ ذلك مِن ثَمَنِه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخَرِ يَضْمَنُ ما نَقَصَ مِن قِيمَتِه . الضَّرْبُ الثّانى ، أنْ يَشْتَرِطَ غيرَ العِتْقِ ؛ مِثْلُ أنْ يَشْتَرِطَ أنْ لا يَبِيعَ ، ولا يَهَبَ ، ولا يَعْتِقَ ، ولا يَطَأَ . أو يَشْتَرِطَ عليه أنْ يَبِيعَه ، أو يَقِفَه ، أو متى نَفَقَ المَبِيعُ وإلّا رَدَّه ، أو إنْ غَصَبَه غاصِبٌ رَجَعَ عليه بالثَّمَنِ ، [14]أو إنْ[14] أعْتَقَه فالوَلاءُ له . فهذه وما أشْبَهَها شُرُوطٌ فاسِدَةٌ . وهل يَفْسُدُ بها البَيْعُ ؟ على رِوايَتَيْنِ ؛ قال القاضى : المَنْصُوصُ عن أحمدَ أنَّ البَيْعَ صَحِيحٌ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ هٰهُنا . وهو قولُ الحَسَنِ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، / والحَكَمِ[15] ، وابنِ أبى لَيْلَى ، وأبى ثَوْرٍ . والثّانيةُ ، البَيْعُ فاسِدٌ . وهو قَوْلُ[16] أبى حنيفةَ ، والشّافِعِىِّ ؛ لأنّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعٍ وشَرْطٍ[17] . ولأنَّه شَرْطٌ فاسِدٌ ، فأفْسَدَ[18] البَيْعَ ، كما لو شَرَطَ فيه عَقْدًا آخَرَ . ولأنَّ الشَّرْطَ إذا فَسَدَ ، وَجَبَ الرُّجُوعُ بما نَقَصَه الشَّرْطُ مِنَ الثَّمَنِ ، وذلك مَجْهُولٌ ، فيَصِيرُ الثَّمَنُ مَجْهُولًا . ولأنَّ البائِعَ إنَّما رَضِىَ بِزَوالِ مِلْكِه عن المَبِيعِ بشَرْطِه ، والمُشْتَرِى كذلك إذا كان الشَّرْطُ له ، فلو صَحَّ البَيْعُ بدُونِه ، لَزالَ مِلْكُه بغيرِ رِضاه ، والبَيْعُ مِن شَرْطِه التَّراضِى . ولَنا ، ما رَوَتْ عائِشَةُ ، قالت : جاءَتْنِى بَرِيرَةُ ، فقالت : كاتَبْتُ أهلى على تِسْعِ أواقٍ ، فى كُلِّ عامٍ أُوقِيَّةٌ ، فأعِينِينى . فقلتُ : إنْ أحَبَّ أهْلُكِ أنْ أعُدَّها لهم عَدَّةً واحِدَةً ، ويَكُونَ لى وَلاؤُكِ فَعَلْتُ . فذَهَبَتْ بَرِيرَةُ إلى أهْلِها ، فقالتْ لهم ، فأبَوْا عليها ، فجاءَتْ مِن عِنْدِهم ، ورسولُ اللهِ ﷺ جالِسٌ ، فقالتْ : إنِّى عَرَضْتُ عليهم ، فأبَوْا ، إلَّا أنْ يَكُونَ الوَلاءُ

٢٦/٥ ظ

---

(١٣) فى الأصل بعد هذا زيادة : « بما » .

(١٤ - ١٤) فى م : « وإن » .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) فى م : « مذهب » .

(١٧) تقدم تخريجه فى صفحة ١٦٥ ، ١٦٦ .

(١٨) فى م : « فاسد » .

لهم . فسَمِعَ النَّبيُّ ﷺ ، فأخبرتْ عائشةُ النَّبيَّ ﷺ ، فقال : « خُذِيهَا ، وَاشْتَرِطِي الْوَلَاءَ ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . ففعَلَتْ عائشةُ ، ثم قامَ رسولُ اللهِ ﷺ فى النَّاسِ ، فحَمِدَ اللهَ ، وأثنى عليه ، ثم قال : « أَمَّا بَعْدُ ، مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فى كِتَابِ اللهِ ، مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فى كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مَائَةَ شَرْطٍ ، قَضَاءُ اللهِ أَحَقُّ ، وَشَرْطُ اللهِ أَوْثَقُ ، وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . مُتَّفَقٌ عليه[19] . فأبْطَلَ الشَّرطَ ، ولم يُبْطِلِ العَقْدَ . قال ابنُ المُنْذِرِ : خَبَرُ بَرِيرَةَ ثابتٌ . ولا نَعْلَمُ خَبَرًا يُعارِضُه ، فالقَوْلُ به يَجِبُ . فإنْ قِيلَ : المُرادُ بقَوْلِه : « اشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ » . أى عليهم . بدَلِيلِ أنَّه أمَرَها به ، ولا يَأْمُرُها بفاسِدٍ . قُلْنا : لا يَصِحُّ هذا التَّأْوِيلُ بِوَجْهَيْنِ ؛ أحَدُهما ، أنَّ الوَلاءَ لها بإعتاقِها ، فلا حاجَةَ إلى اشْتِراطِه . الثانى ، أنَّهم أبَوا البَيْعَ ، إلَّا أنْ يُشْتَرطَ الوَلاءُ لهم ، فكَيْفَ يَأْمُرُها بما يَعْلَمُ أنَّهم لا يَقْبَلُونَه منها ؟ وأمَّا أمْرُه بذلك فليس هو أمْرًا على الحَقِيقةِ ، وإنَّما هو صِيغَةُ[20] الأمْرِ / بمَعْنَى التَّسْوِيَةِ بين الاشْتِراطِ وتَرْكِه ، كقَوْلِه تعالى : ﴿ اسْتَغْفِرْ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ ﴾[21] . وقولِه : ﴿ فَاصْبِرُوا أَوْ لَا تَصْبِرُوا ﴾[22] والتَّقْدِيرُ : واشْتَرِطِي لهم

٢٧/٥ و

---

(١٩) أخرجه البخارى ، فى : باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس ، من كتاب المكاتب . وباب ما يجوز من شروط المكاتب ... ، وباب الشروط فى الولاء ، من كتاب الشروط . صحيح البخارى ١٩٩/٣ ، ٢٥٠ - ٢٥٢ . ومسلم ، فى : باب إنما الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤١/٢ - ١١٤٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٣٤٦/٢ ، ٣٤٧ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٢٨٠/٨ ، ٢٨١ . والنسائى ، فى : باب بيع المكاتب ، وباب المكاتب يباع قبل أن يقضى من كتابته شيئا ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٨/٧ ، ٢٦٩ . والإمام مالك ، فى : باب مصير الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . الموطأ ٧٨٠/٢ ، ٧٨١ .

(٢٠) فى م : « صفة » .

(٢١) سورة التوبة ٨٠ .

(٢٢) سورة الطور ١٦ .

الوَلاءَ[٢٣] ، أو لا تَشْتَرِطِى . ولهذا قال عَقِيبَه : « فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . وحَدِيثُهُم لا أصلَ له على ما ذَكَرْنا ، [٢٤]وما ذَكَرُوه[٢٤] مِن المَعْنَى فى [٢٥]مُقَابَلَةِ النَّصِّ[٢٥] غيرُ مَقْبُولٍ .

فصل : فإنْ حَكَمْنا بصِحَّةِ البَيْعِ ، فللبائعِ الرُّجُوعُ بما نَقَصَه الشَّرْطُ مِن الثَّمَنِ . ذَكَرَه القاضى . وللمُشْتَرِى الرُّجُوعُ بزِيادَةِ الثَّمَنِ إنْ كان هو المُشْتَرِطَ ؛ لأنَّ البائِعَ إنّما سَمَحَ ببَيْعِها بهذا الثَّمَنِ ، لِمَا يَحْصُلُ له مِن الغَرَضِ بالشَّرْطِ ، والمُشْتَرِى إنّما سَمَحَ بزِيادَةِ الثَّمَنِ مِن أجلِ شَرْطِه ، فإذا لم يَحْصُلْ غَرَضُه ، يَنْبَغِى أنْ يَرْجِعَ بما سَمَحَ به ، كما لو وَجَدَه مَعِيبًا .

فصل : فإنْ حَكَمْنا بفَسادِ العَقْدِ ، لم يَحْصُلْ به مِلْكٌ ، سواءٌ اتَّصَلَ به القَبْضُ ، أو لم يَتَّصِلْ . ولا يَنْفُذُ تَصَرُّفُ المُشْتَرِى فيه ببَيْعٍ ، ولا هِبَةٍ ، ولا عِتْقٍ ، ولا غيرِه . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وذَهَبَ أبو حنيفةَ إلى أنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ فيه إذا اتَّصَلَ به القَبْضُ ، وللبائِعِ الرُّجُوعُ فيه ، فيأْخُذُه مع الزِّيادَةِ المُنْفَصِلَةِ ، إلَّا أنْ يَتَصَرَّفَ فيه المُشْتَرِى تَصَرُّفًا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ فيه ، فيأْخُذَ قِيمَتَه . واحْتَجَّ بحَدِيثِ بَرِيرَةَ ؛ فإنَّ عائِشَةَ اشْتَرَتْها بشَرْطِ الوَلاءِ ، فأعْتَقَتْها ، فأجازَ النَّبِىُّ ﷺ العِتْقَ ، والبَيْعُ فاسِدٌ . ولأنَّ المُشْتَرِىَ على صِفَةٍ يَمْلِكُ المَبِيعَ ابْتِداءً بعَقْدٍ ، وقد حَصَلَ عليه الضَّمانُ للبَدَلِ عن عَقْدٍ فيه تَسْلِيطٌ ، فوَجَبَ أنْ يَمْلِكَه ، كما لو كان العَقْدُ صَحِيحًا . ولَنا ، أنَّه مَقْبُوضٌ بعَقْدٍ فاسِدٍ ، فلم يَمْلِكْه ، كما لو كان الثَّمَنُ مَيْتَةً ، أو دَمًا . فأمَّا حَدِيثُ بَرِيرَةَ ، فإنَّما يَدُلُّ على صِحَّةِ العَقْدِ ، لا على ما ذَكَرُوه . وليس فى الحَدِيثِ أنَّ عائِشَةَ اشْتَرَتْها

---

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤ – ٢٤) فى م : « وذكره » .

(٢٥ – ٢٥) سقط من : الأصل .

بهذا الشَّرطِ ، بل الظَّاهِرُ أنَّ أهْلَ بَرِيرَةَ حينَ بَلَغَهُم إنْكارُ النبيِّ ﷺ هذا الشَّرطَ تَرَكُوهُ ، ويَحْتَمِلُ أنَّ الشَّرطَ كان سابِقًا لِلْعَقْدِ ، فلم يُؤَثِّرْ فيه .

فصل : وعليه رَدُّ المَبِيعِ ، مع نَمائِه المُتَّصِلِ والمُنْفَصِلِ ، وأُجْرَةِ مثلِه مُدَّةَ بَقائِه في يَدِه ، وإن نَقَصَ ضَمِنَ نَقْصَه ؛ لأنَّها جُمْلَةٌ مَضْمُونَةٌ ، فأجْزاؤُها/تكونُ مَضْمُونَةً أيضًا . فإن تَلِفَ المَبِيعُ في يَدِ المُشْتَرِى ، فعَلَيه ضَمانُه بِقِيمَتِه يَوْمَ التَّلَفِ . قالَه القاضى . ولأنَّ أحمدَ نَصَّ عليه في الغَصْبِ ، ولأنَّه قَبَضَه بإذْنِ مالِكِه ، فأشْبَه العارِيَّةَ . وذَكَرَ الخِرَقِيُّ في الغَصْبِ ، أنَّه يَلْزَمُه قِيمَتُه أكْثَرَ ما كانَتْ ، فيُخَرَّجُ هٰهُنا كذلك ، وهو أوْلَى ؛ لأنَّ العَيْنَ كانَتْ على مِلْكِ صاحِبِها في حالِ زِيادَتِها ، وعليه ضَمانُ نَقْصِها مع زِيادَتِها ، فكذلك في حالِ تَلَفِها ، كما لو أتْلَفَها بالجِنايَةِ ، ولأصْحابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهانِ كهذَيْنِ .

٢٧/٥ ظ

فصل : فإن كان المَبِيعُ أمَةً ، فَوَطِئَها المُشْتَرِى ، فلا حَدَّ عليه ؛ لاعتقادِه أنَّها مِلْكُه ، ولأنَّ في المِلْكِ اخْتِلافًا . وعليه مَهْرُ مِثْلِها ؛ لأنَّ الحَدَّ إذا سَقَطَ لِلشُّبْهَةِ ، وجَبَ المَهْرُ . ولأنَّ الوَطْءَ في مِلْكِ الغيرِ يُوجِبُ المَهْرَ . وعليه أرْشُ البَكارَةِ ، إن كانت بِكْرًا . فإن قِيلَ : أليس إذا تَزَوَّجَ امْرَأةً تَزْوِيجًا فاسِدًا ، فوَطِئَها ، فأزالَ بَكارَتَها ، لا يَضْمَنُ البَكارَةَ ؟ قُلْنا : لأنَّ النِّكاحَ تَضَمَّنَ الإذْنَ في الوَطْءِ المُذْهِبِ لِلْبَكارَةِ ؛ لأنَّه مَعْقُود على الوَطْءِ ، ولا كذلك البَيْعُ ، فإنَّه ليس بمَعْقُودٍ على الوَطْءِ ؛ بِدَلِيلِ أنَّه يَجُوزُ شِراءُ من لا يَحِلُّ وَطْؤُها ، ولا يَحِلُّ نِكاحُها . فإن قيل : فإذا أوْجَبْتُمْ مَهْرَ بِكْرٍ ، فكيف توجِبُونَ ضَمانَ البَكارَةِ ، وقد دَخَلَ ضَمانُها في المَهْرِ ؟ وإذا أوْجَبْتُم ضَمانَ البَكارَةِ ، فكيف تُوجِبُونَ مَهْرَ بِكْرٍ ، وقد أدَّى عِوَضَ البَكارَةِ بِضَمانِه لها ، فجَرَى مَجْرَى من أزالَ بَكارَتَها بِإصْبَعِه ، ثم وَطِئَها ؟ قُلْنا : لأنَّ مَهْرَ البِكْرِ ضَمانُ المَنْفَعَةِ ، وأرْشَ البَكارَةِ ضَمانُ جُزْءٍ ، فلذلك اجْتَمَعا ، وأمَّا الثاني فإنَّه إذا وَطِئَها بِكْرًا ، فقد اسْتَوْفَى نَفْعَ هذا الجُزْءِ ، فوَجَبَتْ قِيمَتُه بما اسْتَوْفَى من نَفْعِه ، فإذا أتْلَفَه وَجَبَ ضَمانُ عَيْنِه ، ولا يجوزُ أن تُضْمَنَ العَيْنُ ، ويَسْقُطَ ضَمانُ المَنْفَعَةِ ، كما لو غَصَبَ عَيْنًا ذاتَ مَنْفَعَةٍ ، فاسْتَوْفَى مَنْفَعَتَها ، ثم أتْلَفَها ، أو غَصَبَ

ثَوْبًا ، فَلَبِسَه حتى أَبْلاه وأَتْلَفَه ، فإنَّه يَضْمَنُ القِيمَةَ والمَنْفَعَةَ ، كذا هٰهُنا .

فصل : وإن وَلَدَتْ كان وَلَدُها حُرًّا ؛ لأنَّه وَطِئَها بِشُبْهَةٍ . ويَلْحَقُ به النَّسَبُ لذلك ، ولا وَلَاءَ عليه ؛ لأنَّه حُرُّ الأصْلِ / ، وعلى الواطِئِ قِيمَتُه يومَ وَضْعِه ؛ لأنَّه يَوْمُ الحَيْلُولَةِ بينه وبين صاحِبِه ، فإن سَقَطَ مَيِّتًا ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّه إنَّما يَضْمَنُه حين وَضْعِه ، ولا قِيمَةَ له حِينَئِذٍ . فإن قيل : فلو ضَرَبَ بَطْنَها فأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا ، وَجَبَ ضَمانُه . قُلْنا : الضَّارِبُ يَجِبُ عليه غُرَّةٌ ، وهٰهُنا يَضْمَنُه بِقِيمَتِه ، ولا قِيمَةَ له ، ولأنَّ الجانِىَ أَتْلَفَه ، وقَطَعَ نَماءَه ، وهٰهنا يَضْمَنُه بالحَيْلُولَةِ بينه وبن سَيِّدِه ، ووَقْتُ الحَيْلُولَةِ وَقْتُ السُّقُوطِ ، وكان مَيِّتًا ، فلم يَجِبْ ضَمانُه ، وعليه ضَمانُ نَقْصِ الوِلادَةِ . وإن ضَرَبَ بَطْنَها أجْنَبِىٌّ فأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا ، فَعَلَى الضَّارِبِ غُرَّةٌ ، عَبْدٌ أو أَمَةٌ ، لِلسَّيِّدِ منها أَقَلُّ الأمْرَيْنِ من أَرْشِ الجَنِينِ ، أو قِيمَتِه يومَ سَقَطَ ؛ لأنَّ ضَمانَ[26] الضَّارِبِ له قَامَ مقامَ خُرُوجِه حَيًّا ، ولذلك ضَمِنَه البائِعُ . وإنَّما كان لِلسَّيِّدِ أَقَلُّ الأمْرَيْنِ ؛ لأنَّ الغُرَّةَ إن كانت أكْثَرَ من القِيمَةِ ، فالباقِى منها لِوَرَثَتِه ؛ لأنَّه حَصَلَ بالحُرِّيَّةِ ، فلا يَسْتَحِقُّ السَّيِّدُ منها شَيْئًا . وإن كانت أَقَلَّ ، لم يكنْ على الضَّارِبِ أكْثَرُ منها ؛ لأنَّه بِسَبَبِ ذلك ضَمِنَ . وإن ضَرَبَ الواطِئُ بَطْنَها ، فأَلْقَتِ الجَنِينَ مَيِّتًا ، فَعَلَيه الغُرَّةُ أيضًا ، ولا يَرِثُ منها شَيْئًا ، ولِلسَّيِّدِ أَقَلُّ الأمْرَيْنِ كما ذَكَرْنا . وإن سَلَّمَ الجارِيَةَ المَبِيعَةَ إلى البائِعِ حامِلًا ، فوَلَدَتْ عندَه ، ضَمِنَ نَقْصَ الوِلادَةِ ، وإن تَلِفَتْ بذلك ضَمِنَها ؛ لأنَّ تَلَفَها بِسَبَبٍ منه . وإن مَلَكَها الواطِئُ ، لم تَصِرْ بذلك أُمَّ وَلَدٍ ، على الصَّحِيحِ من المَذْهَبِ ؛ لأنَّها عَلِقَتْ منه فى غيرِ مِلْكِه ، فأشْبَهَ الزَّوْجَةَ . وهكذا كُلُّ مَوْضِعٍ حَبِلَتْ فى مِلْكِ غيرِه ، ولا تَصِيرُ له أُمَّ وَلَدٍ بهذا .

فصل : إذا باعَ المُشْتَرِى المَبِيعَ الفاسِدَ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه باعَ مِلْكَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، وعلى المُشْتَرِى رَدُّه على البائِعِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه مالِكٌ ، ولِبائِعِه أخْذُه حيثُ وُجِدَ ،

٢٨/٥ و

(٢٦) سقط من : الأصل .

ويَرْجِعُ المُشْتَرِى الثانى بالثَّمَنِ على الذى باعَه ، ويَرْجِعُ الأوَّلُ على بائِعِه ، فإن تَلِفَ فى يَدِ الثانى ، فَلِلْبائِعِ مُطالَبَةُ مَن شاءَ منهما ؛ لأنَّ الأوَّلَ ضامِنٌ ، والثَّانِى قَبَضَهُ من يَدِ ضامِنِه بغيرِ إذْنِ صاحِبِه ، فكان ضامِنًا . فإن كانت قِيمَتُه أكْثَرَ من ثَمَنِه ، فَضَمِنَ الثانى ، لم يَرْجِعْ بالفَضْلِ / على الأوَّلِ ؛ لأنَّ التَّلَفَ فى يَدِه ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه . ٢٨/٥ ظ فإن ضَمِنَ الأوَّلُ ، رَجَعَ بالفَضْلِ على الثانى .

فصل : وإن زادَ المَبِيعُ فى يَدِ المُشْتَرِى ، بِسِمَنٍ ، أو نحوِه ، ثم نَقَصَ حتى عادَ إلى ما كان عليه ، أو وَلَدَتِ الأَمَةُ فى يَدِ المُشْتَرِى ، ثم ماتَ وَلَدُها ، احْتَمَلَ أن يَضْمَنَ تلك الزِّيادَةَ ؛ لأنَّها زِيادَةٌ فى عَيْنٍ مَضْمُونَةٍ ، أشْبَهَتِ الزِّيادَةَ فى المَغْصُوبِ ، واحتَمَلَ أن لا يَضْمَنَها ؛ لأنَّه دَخَلَ على أن لا يكونَ فى مُقابَلَةِ الزِّيادَةِ عِوَضٌ ، فعَلى هذا تكونُ الزِّيادَةُ أمانَةً فى يَدِه ، فإن تَلِفَتْ بِتَفْرِيطِه ، أو عُدْوانِه ، ضَمِنَها ، وإلَّا فلا . وإن تَلِفَتِ العَيْنُ بعد زِيادَتِها أسْقَطَ تلك الزِّيادَةَ من القِيمَةِ ، وضَمِنَها بما بَقِىَ من القِيمَةِ ، حينَ التَلَفِ . قال القاضِى : وهذا ظاهِرُ كَلامِ أحمدَ .

فصل : إذا باعَ بَيْعًا فاسِدًا ، وتَقابَضا ، ثم أتْلَفَ البائِعُ الثَّمَنَ ، ثم أفْلَسَ ، فله الرُّجُوعُ فى المَبِيعِ ، ولِلْمُشْتَرِى أُسْوَةُ الغُرَماءِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : المُشْتَرِى أحَقُّ بالمَبِيعِ من سائِرِ الغُرَماءِ ؛ لأنَّه فى يَدِه ، فكان أحَقَّ به كالمُرْتَهِنِ . ولَنا ، أنَّه لم يَقْبِضْه وَثِيقَةً ، فلم يكن أحَقَّ به ، كما لو كان وَدِيعَةً عندَه ، بِخِلافِ المُرْتَهِنِ ، فإنَّه قَبَضَه على أنَّه وَثِيقَةٌ بِحَقِّهِ .

فصل : إذا قال : بِعْ عَبْدَكَ من فُلانٍ ، على أنَّ عَلَىَّ خَمْسَمائةٍ . فباعَه بهذا الشَّرْطِ ، فالبَيْعُ فاسِدٌ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ يَجِبُ أن يكون جَمِيعُه على المُشْتَرِى . فإذا شَرَطَ كونَ بَعْضِه على غيرِه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ المَنْعَ ، والثَّمَنُ على غيرِه ، ولا يُشْبِه هذا ما لو قال : أعْتِقْ عَبْدَكَ ، أو طَلِّقْ امْرَأتَكَ ، وعَلَىَّ خَمْسُمائَةٍ . لكون هذا عِوَضًا فى مُقابَلَةِ فَكِّ الزَّوْجِيَّةِ ، ورَقَبَةِ العَبْدِ ، ولذلك لم يَجُزْ فى النِّكاحِ . أمَّا

فى مَسْأَلَتِنا فإنَّه مُعاوَضَةٌ فى مُقابَلَةِ نَقْلِ[٢٧] المِلْكِ ، فلا يَثْبُتُ له[٢٨] العِوَضُ على غيرِه ، وإن كان هذا القولُ على وَجْهِ الضَّمانِ ، صَحَّ البَيْعُ ، ولَزِمَ الضَّمانُ .

فصل : والعُرْبُونُ فى البَيْعِ ، هو أن يَشْتَرِىَ السِّلْعَةَ ، فيَدْفَعَ إلى البائعِ دِرْهَمًا أو غيرَه ، على أنَّه إن أخَذَ السِّلْعَةَ ، احْتَسَبَ به من الثَّمَن ، وإن لم يَأْخُذْها ، فذلك لِلْبائعِ . يقال : عُرْبُونٌ ، / وأُرْبُونٌ ، وعُرْبانٌ وأُرْبانٌ . قال أحْمَدُ : لا بَأْسَ به ، وفَعَلَه عمرُ رَضِىَ اللهُ عنه . وعن ابن عمرَ ، أنَّه أجازَه . وقال ابنُ سِيرِينَ : لا بَأْسَ به . وقال سَعِيدُ بن المُسَيَّب وابنُ سِيرِينَ : لَا بَأْسَ إذا كَرِهَ السِّلْعَةَ أن يَرُدَّها ، ويَرُدَّ معها شَيْئًا . وقال أحمدُ : هذا فى مَعْناه . واخْتارَ أبو الخَطَّابِ ، أنَّه لا يَصِحُّ . وهو قولُ مالِكٍ ، والشَّافِعِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ، ويُرْوَى ذلك عن ابنِ عَبَّاسٍ والحسنِ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ ، نَهَى عن بَيْعِ العُرْبُونِ . رواه ابنُ ماجَه[٢٩] . ولأنَّه شَرَطَ لِلْبائعِ شَيْئًا بغيرِ عِوَضٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو شَرَطَه لأجْنَبِىٍّ ، ولأنَّه بمَنْزِلَةِ الخِيارِ المَجْهُولِ ، فإنَّه اشْتَرَطَ أنَّ له رَدَّ المَبِيعِ من غيرِ ذِكْرِ مُدَّةٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : ولِىَ الخِيارُ مَتَى شِئْتُ رَدَدْتُ السِّلْعَةَ ، ومعها دِرْهَمًا . وهذا هو القِياسُ . وإنَّما صارَ أحمدُ فيه إلى ما رُوِىَ فيه عن نافِعِ بن عبدِ الحارِثِ ، أنَّه اشْتَرَى لِعُمَرَ دارَ السِّجْنِ من صَفْوان بن أُمَيَّةَ ، فإن رَضِىَ عمرُ ، وإلَّا فلَهُ كذا وكذا . قال الأَثْرَمُ : قلتُ لأحمدَ تَذْهَبُ إليه ؟ قال : أىُّ شىءٍ أقولُ ؟ هذا عُمَرُ رَضِىَ اللهُ عنه . وضَعَّفَ الحَدِيثَ المَرْوِىَّ . رَوَى هذه القِصَّةَ الأَثْرَمُ بإسْنادِه . فأمَّا إن دَفَعَ إليه قبلَ البَيْعِ دِرْهَمًا ، وقال : لا تَبِعْ هذه السِّلْعَةَ لِغَيْرِى ، وإن لم أشْتَرِها منك ، فهذا الدِّرْهَمُ

٢٩/٥ و

---

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) فى م : « لمن » .

(٢٩) فى : باب بيع العربان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٨/٢ ، ٧٣٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى العربان ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥٣/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى بيع العربان ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٠٩/٢ .

لك . ثم اشْتَراها منه بعد ذلك بِعَقْدٍ مُبْتَدِئٍ وحَسَبَ الدِّرْهَمَ من الثَّمَنِ ، صَحَّ ؛ لأنَّ البَيْعَ خَلا عن الشَّرْطِ المُفسِدِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ الشِّراءَ الذى اشْتَرِىَ لِعمرَ كان على هذا الوَجْهِ ، فيُحْمَلُ عليه جَمْعًا بين فِعْلِه وبين الخَبَرِ ، ومُوافَقَةِ القِياسِ ، والأئِمَّةِ القائِلِينَ بِفَسادِ العُرْبُونِ . وإن لم يَشْتَرِ السِّلْعَةَ فى هذه الصُّورَةِ ، لم يَسْتَحِقّ البائِعُ الدِّرْهَمَ ؛ لأنَّه يَأْخُذُه بغيرِ عِوَضٍ ، ولِصاحِبِه الرُّجُوعُ فيه ، ولا يَصِحُّ جَعْلُه عِوَضًا عن انْتِظارِه ، وتَأْخِيرِ بَيْعِه من أجْلِه ؛ لأنَّه لو كان عِوَضًا عن ذلك ، لَما جازَ جَعْلُه من الثَّمَنِ ، فى حال الشِّراءِ ، ولأنَّ الانْتِظارَ بِالبَيْعِ لا تجوزُ المُعاوَضَةُ عنه ، ولو جازَتْ لَوَجَبَ أن يكونَ مَعْلُومَ المِقْدارِ ، كما فى الإجارَةِ .

٧٦٧ – مسألة ؛ قال : (**وإذَا قال : بِعْتُكَ بِكَذَا عَلَى أنْ آخُذَ مِنْكَ الدِّينَارَ بِكَذَا . لم يَنْعَقِدِ البَيْعُ ، وكَذٰلِكَ إنْ بَاعَهُ/بِذَهَبٍ ، عَلَى أنْ يَأْخُذَ مِنْهُ دَرَاهِمَ بِصَرْفٍ ذَكَرَاهُ**) ٢٩/٥ ظ

وجُمْلَتُه ، أنَّ البَيْعَ بهذه الصِّفَةِ باطِلٌ ؛ لأنَّه شَرَطَ فى العَقْدِ أن يُصارِفَه[1] بالثَّمَنِ الذى وَقَعَ العَقْدُ به ، والمُصارَفَةُ عَقْدُ بَيْعٍ ، فيكون بَيْعَتانِ فى بَيْعَةٍ . قال أحمدُ : هذا مَعْناه ، وقد رَوَى أبو هُرَيْرَةَ قال : نَهَى رسولُ الله ﷺ عن بَيْعَتَيْنِ فى بَيْعَةٍ . أخْرَجه التِّرْمِذِىُّ[2] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وَرُوِىَ أيضًا عن عبدِ اللهِ بن عَمْرٍو[3] ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، وهكذا كلُّ ما كان فى مَعْنَى هذا ، مثل أن يقولَ : بِعْتُكَ دارِى هذه على أن أبِيعَكَ دارِى الأُخْرَى بكذا . أو على أن تَبِيعَنِى دارَك .

---

(١) فى الأصل : « لا يصارفه » .

(٢) فى : باب ما جاء فى النهى عن بيعتين فى بيعة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٣٩ .
كما أخرجه النسائى ، فى : باب بيعتين فى بيعة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٦٠ . والإمام مالك ، فى : باب النهى عن بيعتين فى بيعة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٦٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٤٣٢ ، ٤٧٥ ، ٥٠٣ .

(٣) حديث عبد الله بن عمرو سيأتى فى الفصل الثانى من هذه المسألة .

أو على أن أُؤْجِرَك . أو على أن تُؤْجِرَنِي كذا . أو على أن تُزَوِّجَنِي ابْنَتَكَ . أو على أن أُزَوِّجَكَ ابْنَتِي . ونحوَ هذا . فهذا كلُّه لا يَصِحُّ . قال ابنُ مَسْعُودٍ : الصَّفْقَتَانِ فى صَفْقَةٍ رِبًا . وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ ، والشَّافِعِيِّ ، وجُمْهُورِ العُلَمَاءِ . وجَوَّزَه مالِكٌ ، وقال : لا أَلْتَفِتُ إلى اللَّفْظِ الفاسِدِ ، إذا كان مَعْلُومًا حَلالًا ، فكأنَّه باعَ السِّلْعَةَ بالدَّراهِمِ التى ذَكَرَ أنَّه يَأْخُذُها بالدَّنانِيرِ . ولَنا ، الخَبَرُ ، وأنَّ النَّهْىَ يَقْتَضِى الفسادَ ، ولأنَّ العَقْدَ لا يَجِبُ بالشَّرْطِ ؛ لكونِه لا يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ ، فيَسْقُطُ ، فيَفْسُدُ العَقْدُ ؛ لأنَّ البائِعَ لم يَرْضَ به ، إلَّا بذلك الشَّرْطِ ، فإذا فاتَ الرِّضَى به ، ولأنَّه شَرَطَ عَقْدًا فى عَقْدٍ ، فلم[4] يَصِحَّ ، كَنِكاحِ الشِّغارِ ، وقوله[5] : لا أَلْتَفِتُ إلى اللَّفْظِ . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ البَيْعَ هو اللَّفْظُ ، فإذا كان فاسِدًا فكيف يكونُ صَحِيحًا . ويَتَخَرَّجُ أن يَصِحَّ البَيْعُ ، ويَفْسُدَ الشَّرْطُ ، بِناءً على ما لو شَرَطَ ما يُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، كما سَبَقَ . واللهُ أعلمُ .

فصل : وقد رُوِىَ فى تَفْسِيرِ بَيْعَتَيْنِ فى بَيْعَةٍ ، وَجْهٌ آخَرُ ، وهو أن يقولَ : بِعْتُكَ هذا العَبْدَ بِعَشَرَةٍ نَقْدًا ، أو بِخَمْسَةَ عَشَرَ نَسِيئَةً ، أو بِعَشَرَةٍ مُكَسَّرَةً ، أو تِسْعَةٍ صِحاحًا . هكذا فَسَّرَه مالِكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، وإسْحاقُ . وهو أيضًا باطِلٌ . وهو قولُ الجُمْهُورِ ؛ لأنَّه لم يَجْزِمْ له بِبَيْعٍ واحِدٍ ، فأشْبَهَ ما لو قال : بِعْتُكَ هذا أو هذا . ولأنَّ الثَّمنَ مَجْهُولٌ ، فلم يَصِحَّ ، / كالبَيْعِ بالرَّقْمِ المَجْهُولِ . ولأنَّ أحَدَ[6] العِوَضَيْنِ غيرُ مُعَيَّنٍ ، ولا مَعْلُومٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بِعْتُكَ أحَدَ عَبِيدِى . وقد رُوِىَ عن طاوُسٍ ، والحَكَمِ ، وحَمَّادٍ ، أنَّهم قالوا : لا بَأْسَ أن يقول : أَبِيعُكَ بالنَّقْدِ بكذا ، وبالنَّسِيئَةِ بكذا . فيذهبُ على أحَدِهما . وهذا مَحْمُولٌ على أنَّه جَرَى بينهما بعدَ ما يَجْرِى فى العَقْدِ ، فكأنَّ المُشْتَرِىَ قال : أنا آخُذُه بالنَّسِيئَةِ بكذا . فقال :

٥/٣٠ و

(٤) فى م : « لم » .

(٥) أى الإمام مالك .

(٦) فى الأصل : « أخذ » .

خُذْهُ ، أو قد رَضِيتُ . ونحوَ ذلك . فيكون هذا عَقْدًا كافِيًا . وإن لم يُوجَدْ ما يَقُومُ مَقامَ الإيجابِ ، أو يَدُلُّ عليه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ ما مَضَى من القولِ لا يَصْلُحُ أن يكون إيجابًا ؛ لما ذَكَرْناه ، وقد رُوِىَ عن أحمدَ فى مَن قال : إن خِطْتَه اليَوْمَ فلَكَ دِرْهَمٌ ، وإن خِطْتَه غَدًا فلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ : إنَّه يَصِحُّ . فيَحْتَمِلُ أن يَلحقَ به هذا البَيْعُ ، فيُخَرَّجَ وَجْهًا فى الصِّحَّةِ . ويَحْتَمِلُ أن يُفَرَّق بينهما من حيث إنَّ العَقْدَ ثَمَّ يُمْكِنُ أن يَصِحَّ ؛ لِكَوْنِه جُعالَةً يَحْتَمِلُ فيها الجَهالَةَ ، بخِلافِ البَيْعِ . ولأنَّ العَمَلَ الذى يَسْتَحِقُّ به الأُجْرَةَ لا يُمْكنُ وُقُوعُه إلَّا على إحْدَى الصَّفْقَتَيْنِ ، فتَتَعَيَّنُ الأُجْرَةُ المُسَمَّاةُ عِوَضًا له ، فلا يُفْضِى إلى التَّنازُعِ ، وهٰهُنا بخِلافِه .

فصل : ولو باعَه بشَرْطِ أن يُسَلِّفَه أو يُقْرِضَه ، أو شَرَطَ المُشْتَرِى ذلك عليه ، فهو مُحَرَّمٌ والبَيْعُ باطِلٌ . وهذا مذهبُ مالِكٍ والشَّافِعِىِّ . ولا أعْلَمُ فيه خِلافًا ، إلَّا أنَّ مالِكًا قال : إن تَرَكَ مُشْتَرِطُ السَّلَفِ السَّلَفَ ، صَحَّ البَيْعُ . ولَنا ، ما رَوَى عبدُ اللهِ ابن عَمْرٍو ، أنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن رِبْحِ ما لم يُضْمَنْ ، وعن بَيْعِ ما لم يُقْبَضْ ، وعن بَيْعَتَيْنِ فى بَيْعَةٍ ، وعن شَرْطَيْنِ فى بَيْعٍ ، وعن بَيْعٍ وسَلَفٍ . أخْرَجه أبو داوُدَ والتِّرْمِذِىُّ[7] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وفى لَفْظٍ : « لَا يَحِلُّ بَيْعٌ وسَلَفٌ » . ولأنَّه اشْتَرَطَ عَقْدًا فى عَقْدٍ ، ففَسَدَ ، كبَيْعَتَيْنِ فى بَيْعَةٍ . ولأنَّه إذا اشْتَرَطَ القَرْضَ زادَ فى الثَّمَنِ لأجْلِه ، فتَصِيرُ الزِّيادَةُ فى الثَّمَنِ عِوَضًا عن القَرْضِ ، ورِبْحًا له ، وذلك رِبًا مُحَرَّمٌ ، ففَسَدَ ، كما لو صَرَّحَ به . ولأنَّه بَيْعٌ فاسِدٌ ، فلا يَعُودُ صَحِيحًا ، كما لو باعَ دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ ، ثم تَرَكَ أحَدَهما .

---

(7) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٤٢ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب بيع ما ليس عند البائع ، وباب سلف وبيع ... ، وباب شرطان فى بيع ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٥٤ ، ٢٥٩ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع ما ليس عندك ... ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٧ ، ٧٣٨ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن شرطين فى بيع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٥٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٧٥ ، ١٧٩ ، ٢٠٥ .

فصل : وإذا / جَمَعَ بين عَقْدَيْنِ مُخْتَلِفَيِ القِيمَةِ بِعِوَضٍ واحِدٍ ، كالصَّرْفِ ، وبَيْعِ ما يَجُوزُ التَّفَرُّقُ فيه قبلَ القَبْضِ ، والبَيْعِ ، والنِّكاحِ ، أو الإجارَةِ . نحوَ أن يقولَ : بِعْتُكَ هذا الدِّينارَ ، وهذا الثَّوْبَ ، بِعِشْرِينَ دِرْهَمًا . أو بِعْتُكَ هذه الدَّارَ ، وأجَرْتُكَ الأُخْرَى بألْفٍ . أو باعَه سَيْفًا مُحَلًّى بالذَّهَبِ بِفِضَّةٍ . أو زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي وبِعْتُكَ عَبْدَها بألْفٍ . صَحَّ العَقْدُ فيهما ؛ لأنَّهما عَيْنان يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عن كلِّ واحِدَةٍ منهما مُنْفَرِدَةً ، فجازَ أخْذُ العِوَضِ عنهما مُجتَمِعَتَيْنِ ، كالعَبْدَيْنِ . وهذا أحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ . وقال أبو الخَطَّابِ : فى ذلك وَجْهٌ آخَرُ ، أنه لا يَصِحُّ . وهو القولُ الثانى لِلشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ حُكْمَهُما مُخْتَلِفٌ ؛ فإنَّ المَبِيعَ يُضْمَنُ بمُجَرَّدِ البَيْعِ ، والإجارَةُ بخِلافِه . والأوَّلُ أصَحُّ . وما ذَكَرُوه يَبْطُلُ بما إذا باعَ شِقْصًا وَسَيْفًا ، فإنَّه يَصِحُّ مع اخْتِلافِ حُكْمِهِما بِوُجُوبِ الشُّفْعَةِ فى أحَدِهِما دونَ الآخَرِ . فأمَّا إن جَمَعَ بين الكِتابَةِ والبَيْعِ ، فقال : كاتَبْتُكَ وبِعْتُكَ عَبْدِى هذا بألْفٍ ، فى[8] كلِّ شَهْرٍ مائةٌ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ المُكاتَبَ قبلَ تَمامِ الكِتابَةِ عَبْدٌ قِنٌّ ، فلا يَصِحُّ أن يَشْتَرِىَ من سَيِّدِه شَيْئًا ، ولا يَثْبُتُ لِسَيِّدِهِ فى ذِمَّتِه ثَمَنٌ . وإذا بَطَلَ البَيْعُ ، فهل يَصِحُّ فى الكِتابَةِ بِقِسْطِها ؟ فيه رِوايَتانِ ، نَذْكُرُهما فى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . وسَوَّى أبو الخَطَّابِ بين هذه الصُّوَرِ وبين الصُّوَرِ التى قَبْلَها ، فقال : فى الكلِّ وَجْهانِ . والذى ذَكَرْناه إن شاءَ اللهُ تَعالَى أوْلَى .

فصل : فى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . ومَعْناه أن يَبِيعَ ما يَجُوزُ بَيْعُه ، وما لا يَجُوزُ ، صَفْقَةً واحِدَةً ، بِثَمَنٍ واحِدٍ . وهو على ثَلاثَةِ أقْسامٍ ؛ أحَدِها ، أن يَبِيعَ مَعْلُومًا ومَجْهُولًا ، كقولِه : بِعْتُكَ هذه الفَرَسَ ، وما فى بَطْنِ هذه الفَرَسِ الأُخْرَى بألْفٍ . فهذا البَيْعُ باطِلٌ بكلِّ حالٍ ، ولا أعْلَمُ فى بُطْلانِه خِلافًا ؛ لأنَّ المَجْهُولَ لا يَصِحُّ بَيْعُه لِجَهالَتِه ، والمَعْلُومَ مَجْهُولُ الثَّمَنِ ، ولا سَبِيلَ إلى مَعْرِفَتِه ؛ لأنَّ مَعْرِفَتَه إنَّما تكونُ بِتَقْسِيطِ الثَّمَنِ عليهما ، والمَجْهُولُ لا يمكنُ تَقْوِيمُه ، فيَتَعَذَّرُ التَّقْسِيطُ .

---

(8) سقط من : م .

الثانى ، أن يكونَ المَبيعانِ مما يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عليهما بالأجْزاءِ ، كعَبْدٍ مُشْتَرَكٍ بينه وبين غيرِه ، باعَه كلَّه بغيرِ إذْنِ / شَرِيكِه ، وكقَفِيزَيْنِ من صُبْرَةٍ واحِدَةٍ باعَهُما من لا يَمْلِكُ إلَّا بَعْضَهُما ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَصِحُّ فى مِلْكِه بقِسْطِهِ من الثَّمَنِ ، ويَفْسُدُ فيما لا يَمْلِكُه . والثانى ، لا يَصِحُّ فيهما . وأصْلُ الوَجْهَيْنِ ، أنَّ أحمدَ نَصَّ فى مَن تَزَوَّجَ حُرَّةً ، وأمَةً ، على رِوايَتَيْنِ ؛ إحْداهُما ، يَفْسُدُ فيهما . والثانية ، يَصِحُّ فى الحُرَّةِ . والأَوْلَى أنَّه يَصِحُّ فيما يَمْلِكُه ، وهو قولُ مالِكٍ وأبى حنيفةَ ، وهو أحَدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ ، وقال فى الآخرِ : لا يَصِحُّ . وهو قولُ أبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّ الصَّفْقَةَ جَمَعَتْ حَلالًا وحَرامًا ، فغَلَبَ التَّحْرِيمُ ، ولأنَّ الصَّفْقَةَ إذا لم يُمْكِنْ تَصْحِيحُها فى جَمِيعِ المَعْقُودِ عليه ، بَطَلَتْ فى الكُلِّ ، كالجَمْعِ بين الأُخْتَيْنِ ، وبَيْعِ دِرْهَمٍ بِدِرْهَمَيْنِ . ولَنا ، أنَّ كلَّ واحِدٍ منهما له حُكْمٌ لو كان مُنْفَرِدًا ، فإذا جَمَعَ بينهما ثَبَتَ لكلِّ واحِدٍ منهما حُكْمُه ، كما لو باعَ شِقْصًا وسَيْفًا . ولأنَّ ما يجوزُ له بَيْعُه قد صَدَرَ فيه البَيْعُ من أهْلِهِ فى مَحلِّه بِشَرْطِه ، فصَحَّ ، كما لو انْفَرَدَ . ولأنَّ البَيْعَ سَبَبٌ اقْتَضَى الحُكْمَ فى مَحلَّيْن ، وامْتَنَعَ حُكْمُه فى أحَدِ المَحلَّيْنِ ؛ لِثُبُوتِه عن قَبُولِه ، فيَصِحُّ فى الآخَرِ ، كما لو أوْصَى بشىءٍ لآدَمِىٍّ وبَهِيمَةٍ ، وأمَّا الدِّرْهَمانِ والأُخْتانِ ، فليس واحدٌ منهما أوْلَى بالفَسادِ من الآخَرِ ، فلذلك فَسَدَ فيهما ، وهٰهُنا بخِلافِهِ . القسم الثالثُ ، أن يكون المَبِيعانِ مَعْلُومَيْنِ ، ممَّا لا يَنْقَسِمُ عليهما الثَّمَنُ بالأجْزاءِ ، كعَبْدٍ وحُرٍّ ، وخَلٍّ وخَمْرٍ ، [وعَبْدِه][(٩)] وعَبْدِ غيرِه وعَبْدٍ حاضِرٍ وآبِقٍ ، فهذا يَبْطُلُ البَيْعُ فيما لا يَصِحُّ بَيْعُه ، وفى الآخَرِ رِوايَتانِ . نَقَلَ صالِحٌ عن أبِيهِ فى مَنِ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ ، فوَجَدَ أحَدَهما حُرًّا ، رَجَعَ بِقِيمَتِه من الثَّمَنِ . ونَقَلَ عنه مُهَنًّا فى مَن تَزَوَّجَ امْرَأةً على عَبْدَيْنِ ، فوَجَدَ أحَدَهما حُرًّا ، فلها قِيمَةُ العَبْدَيْنِ ، فأبْطَلَ الصَّداقَ فيهما جَمِيعًا . وللشَّافِعِىِّ قَوْلانِ ، كالرِّوايَتَيْنِ . وأبْطَلَ مالِكٌ العَقْدَ فيهما ، إلَّا أن يَبِيعَ مِلْكَه ، ومِلْكَ غيرِه ، فيَصِحُّ فى مِلْكِه ، ويَقِفُ فى مِلْكِ غيرِه على الإجازَةِ . ونحوُه قولُ أبى حَنِيفَةَ ؛ فإنَّه قال : إن كان أحَدُهما لا يَصِحُّ بَيْعُه بِنَصٍّ ، أو إجْماعٍ ، كالحُرِّ والخَمْرِ ، لم يَصِحَّ العَقْدُ

٣١/٥ و

---

(٩) تكملة يصح بها السياق .

فيهما / ، وإن لم يَثْبُتْ بذلك ، كمِلْكِه ومِلْكِ غيرِه ، صَحَّ فيما يَمْلِكُه ؛ لأنَّ ما اختُلِفَ[10] فيه يُمكنُ أن يَلْحَقَه حُكْمُ الإجازَةِ ، بِحُكْمِ حاكِمٍ ، بِصِحَّةِ بَيْعِه . وقال أبو ثَوْرٍ : لا يَصِحُّ بَيْعُه ؛ لما تَقَدَّمَ فى القِسْمِ الثانى ، ولأنَّ الثمنَ مَجْهُولٌ ؛ لأنَّه إنَّما يَتَبَيَّنُ بالتَّقْسِيطِ للثَّمَنِ على القِيمَةِ ، وذلك مَجْهُولٌ فى الحالِ ، فلم[11] يَصِحَّ البَيْعُ به ، كما لو قال : بِعْتُكَ هذه السِّلْعَةَ بِرَقْمِها ، أو بِحِصَّتِه[12] مِن رَأْسِ المالِ . ولأنَّه لو صَرَّحَ به ، فقال : بِعْتُكَ هذا بِقِسْطِه مِنَ الثَّمَنِ . لم يَصِحَّ . فكذلك إذا لم يُصَرِّحْ . وقال مَن نَصَرَ الرِّوايَةَ الأُولَى : إنَّه متى سَمَّى ثَمَنًا فى مَبِيعٍ يَسْقُطُ بَعْضُه ، لا يُوجِبُ ذلك جَهالَةً تَمْنَعُ الصِّحَّةَ ، كما لو وَجَدَ بعضَ المَبِيعِ مَعِيبًا ، فأَخَذَ أَرْشَه . والقولُ بالفَسادِ فى هذا القِسْمِ أظْهَرُ ، إنْ شاءَ اللهُ . والحُكْمُ فى الرَّهْنِ ، والهِبَةِ ، وسائرِ العُقُودِ ، إذا جَمَعَتْ ما يجوزُ وما لا يجوزُ ، كالحُكْمِ فى البَيْعِ ، إلَّا أنَّ الظَّاهِرَ فيها الصِّحَّةُ ؛ لأنَّها ليست عُقُودَ مُعاوَضَةٍ ، فلا تُوجَدُ جَهالَةُ العِوَضِ فيها .

فصل : وإنْ وَقَعَ العَقْدُ على مَكِيلٍ ، أو مَوْزُونٍ ، فتَلِفَ بعضُه قَبْلَ قَبْضِه ، لم يَنْفَسِخِ العَقْدُ فى الباقِى . رِوايَةً واحِدَةً . ويَأْخُذُ المُشْتَرِى الباقِىَ بحِصَّتِه مِنَ الثَّمَنِ ؛ لأنَّ العَقْدَ وَقَعَ صَحِيحًا ، فذَهابُ بعضِه لا[13] يَفْسَخُه ، كما بعدَ القَبْضِ ، وكما لو وَجَدَ أحَدَ المَبِيعَيْنِ مَعِيبًا فرَدَّه ، أو أقالَ أحَدُ المُتَبايِعَيْنِ الآخَرَ فى بعضِ المَبِيعِ .

فصل : وإنْ كان لرَجُلَيْنِ عبدانِ ، لكُلِّ واحِدٍ عبدٌ ، فباعَاهما صَفْقَةً واحِدَةً بثَمَنٍ واحِدٍ ، أو وَكَّلَ أحَدُهما صاحِبَه ، فباعَهما بثَمَنٍ واحِدٍ ، ففيه وجهانِ ؛ أحَدُهما ، يَصِحُّ فيهما[14] ، ويَتَقَسَّطُ العِوَضُ على قَدْرِ قِيمَتِهما . وهو

---

(١٠) فى الأصل : « اختلفت » . والمثبت من الشرح الكبير .

(١١) فى م : « فلم لا » .

(١٢) فى م : « بحصة » .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) سقط من : الأصل .

قولُ مالِكٍ ، وأبى حنيفةَ ، وأحَدُ قَوْلَى الشّافِعِىّ ؛ لأنَّ جُمْلَةَ الثَّمَنِ مَعْلُومَةٌ ، فَصَحَّ كما لو كانا لرَجُلٍ واحِدٍ ، وكما لو باعا عبدًا واحِدًا لهما ، أو قَفِيزَيْنِ مِن صُبْرَةٍ واحِدَةٍ . والثّانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ كُلَّ واحِدٍ مِنهما مَبِيعٌ بقِسْطِه مِنَ الثَّمَنِ ، وهو مَجْهُولٌ على ما قَدَّمْنا . وفارَقَ ما إذا كانا / لرَجُلٍ واحِدٍ ؛ فإنَّ جُمْلَةَ المَبِيعِ مُقابَلَةٌ بجُمْلَةِ الثَّمَنِ مِن غيرِ تَقْسِيطٍ ، والعبدُ المُشْتَرَكُ والقَفِيزانِ ، يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عليهما بالأجْزاءِ ، فلا جَهالَةَ فيه . ٣٢/٥ و

فصل : ومتى حَكَمْنا بالصِّحَّةِ فى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ ، وكان المُشْتَرِى عَالِمًا بالحالِ ، فلا خِيارَ له ؛ لأنَّه دَخَلَ على بَصِيرَةٍ . وإنْ لم يَعْلَمْ ، مِثْلُ أنِ اشْتَرَى عبدًا يَظُنُّه كُلَّه للبائِعِ ، فبانَ أنَّه لا يَمْلِكُ إلّا نِصْفَه ، أو عَبْدَيْنِ ، فتَبَيَّنَ أنَّه لا يَمْلِكُ إلَّا أحَدَهما ، فله الخِيارُ بَيْنَ الفَسْخِ والإمساكِ ؛ لأنَّ الصَّفْقَةَ تَبَعَّضَتْ عليه . وأمّا البائِعُ فلا خِيارَ له ؛ لأنَّه رَضِىَ بزَوالِ مِلْكِه عَمَّا يجوزُ بَيْعُه بقِسْطِه . ولو وَقَعَ العَقْدُ على شَيْئَيْنِ يَفْتَقِرُ إلى القَبْضِ فيهما ، فتَلِفَ أحَدُهما قبلَ قَبْضِه ، فقال القاضى : لِلْمُشْتَرِى الخِيارُ بينَ إمساكِ الباقى بحِصَّتِه ، وبينَ الفَسْخِ ؛ لأنَّ حُكْمَ ما قبلَ القَبْضِ ، فى كَوْنِ المَبِيعِ مِن ضَمانِ البائِعِ ، حُكْمُ ما قبلَ العَقْدِ ؛ بدَلِيلِ أنَّه لو تَعَيَّبَ قبلَ قَبْضِه ، لمَلَكَ المُشْتَرِى الفَسْخَ به .

٧٦٨ ـ مسألة ؛ قال : (**وَيَتَّجِرُ الْوَصِىُّ بمَالِ الْيَتِيمِ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَالرِّبْحُ كُلُّه لِلْيَتِيمِ . فَإنْ أعْطَاهُ لِمَنْ يُضَارِبُ لَهُ بِهِ ، فَلِلْمُضَارِبِ مِنَ الرِّبْحِ مَا وَافَقَهُ الْوَصِىُّ عَلَيْهِ**)

وجُمْلَتُه ، أنَّ لوَلِىِّ اليَتِيمِ أنْ يُضارِبَ بمالِه ، وأنْ يَدْفَعَه إلى مَن يُضارِبُ له به ، ويَجْعَلَ له نَصِيبًا مِن الرِّبْحِ ، أبًا كان ، أو وَصِيًّا ، أو حاكِمًا ، أو أمِينَ حاكِمٍ ، وهو أوْلَى مِن تَرْكِه . ومِمَّن رأى ذلك ابنُ عمرَ ، والنَّخَعِىُّ ، والحسنُ بن صالِحٍ ، ومالِكٌ ، والشّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . ويُرْوَى إباحَةُ التِّجارَةِ به(1)

---

(1) سقط من : الأصل .

عن عمرَ ، وعائِشَةَ ، والضَّحَّاكِ[٢] . ولا نَعْلَمُ أحَدًا كَرِهَه ، إلَّا ما رُوِىَ عن الحسنِ ، ولَعَلَّه أرادَ اجْتِنابَ المُخاطَرَةِ به[٣] . ولأنَّ خَزْنَه أحْفَظُ له ، والذى عليه الجُمْهُورُ أوْلَى ؛ لِمَا رَوَى عبدُ اللهِ بن عمْرِو بن العاصِ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « مَنْ وَلِىَ يَتِيمًا لَهُ مَالٌ فَلْيَتَّجِرْ لَهُ ، وَلَا يَتْرُكْهُ حَتَّى تَأْكُلَهُ الصَّدَقَةُ »[٤] . ورُوِىَ ذلك عن عمرَ بن الخَطَّابِ[٥] ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وهو أصَحُّ مِن المَرْفُوعِ . ولأنَّ ذلك أحَظُّ للمُوَلَّى عليه ؛ لتَكُونَ نَفَقَتُه مِن فاضِلِه ورِبْحِه ، كما يَفْعَلُه البالِغُونَ[٦] فى أموالِهِمْ ، وأموالِ مَن يَعِزُّ عليهم مِن أولادِهم ، إلَّا أنَّه لا يَتَّجِرُ إلَّا فى المواضعِ / الآمِنَةِ ، ولا يَدْفَعُه إلَّا لأمِينٍ[٧] ، ولا يُغَرِّرُ بمالِه . وقد رُوِىَ عن عائِشَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، أنَّها أبْضَعَتْ مالَ محمدِ بن أبى بكرٍ فى البَحْرِ . فيَحْتَمِلُ أنَّه كان فى مَوْضِعٍ مَأْمُونٍ قَرِيبٍ مِنَ السَّاحِلِ ، ويَحْتَمِلُ أنَّها جَعَلَتْ[٨] ضَمانَه عليها ، إنْ هَلَكَ غَرِمَتْه . فمتى اتَّجَرَ فى المالِ بنَفْسِه ، فالرِّبْحُ كُلُّه لِلْيَتِيمِ ، وأجازَ الحسنُ بن صالِحٍ ، وإسحاقُ ، أنْ يَأْخُذَ[٩] الوَصِىُّ مُضارَبَةً لنَفْسِه ؛ لأنَّه جازَ له[١٠] أنْ يَدْفَعَه بذلك إلى غيرِه ، فجازَ أنْ يَأْخُذَ ذلك لنَفْسِه . والصَّحِيحُ ما قُلْنا ؛ لأنَّ الرِّبْحَ نَماءُ مالِ اليَتِيمِ ، فلا يَسْتَحِقُّه

٣٢/٥ ظ

---

(٢) أبو القاسم الضَّحَّاك بن مزاحم الهلالى ، روى عن ابن عمر ، وابن عباس ، وأبى هريرة ، وغيرهم . وقيل لم يثبت له سماع من أحد من الصحابة ، توفى سنة ست ومائة . تهذيب التهذيب ٤/٤٥٣ ، ٤٥٤ .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى زكاة مال اليتيم ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ٣/١٣٦ . والبيهقى ، فى : باب من تجب عليه الصدقة ، من كتاب الزكاة . وباب تجارة الوصى بمال اليتيم أو إقراضه ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٤/١٠٧ ، ٦/٢ . والدارقطنى ، فى : باب وجوب الزكاة فى مال الصبى واليتيم ، من كتاب الزكاة . سنن الدارقطنى ٢/١٠٩ ، ١١٠ .

(٥) حديث عمر ، أخرجه البيهقى ، فى البابين نفسيهما . والدارقطنى ، فى الباب نفسه . سنن الدارقطنى ٢/١١٠ .

(٦) فى الأصل : « البائعون » .

(٧) فى م : « الأمين » .

(٨) فى م : « جعلته من » .

(٩) فى م : « يأخذه » .

(١٠) سقط من : م .

غيرُه إلَّا بعقْدٍ ، ولا يجوزُ أنْ يَعْقِدَ الوَلِيُّ المُضارَبَةَ مع نَفْسِه ، فأمَّا إنْ دَفَعَه إلى غيرِه ، فللمُضارِبِ ما جَعَلَه له الوَلِيُّ ، ووافَقَه عليه ، أى اتَّفَقا عليه فى قَوْلِهم جَميعًا ؛ لأنَّ الوَصِيَّ نائِبٌ عن اليَتيمِ فيما فيه مَصْلَحَتُه ، وهذا فيه مَصْلَحَتُه ، فصارَ تَصَرُّفُه فيه كتَصَرُّفِ المالِكِ فى مالِه .

فصل : ويجوزُ لوَلِيِّ اليَتيمِ إبضاعُ مالِه . ومعناه ؛ دَفْعُه إلى مَن يَتَّجِرُ به ، والرِّبْحُ كُلُّه لليَتيمِ . وقد رُوِىَ عن عائِشَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، أنَّها أبْضَعَتْ مالَ محمدِ بن أبى بكرٍ . ولأنَّه إذا جازَ دَفْعُه بجُزْءٍ مِن رِبْحِه ، فدَفْعُه إلى مَن يُوَفِّرُ الرِّبْحَ أوْلَى . ويجوزُ أنْ يَشْتَرِىَ له العَقارَ ؛ لأنَّه مَصْلَحَةٌ له ، فإنَّه يَحْصُلُ[11] منه الفَضْلُ ، ويَبْقَى الأصلُ ، والغَرَرُ فيه أقَلُّ مِن التِّجارَةِ ؛ لأنَّ أصلَه مَحْفُوظٌ . ويجوزُ أنْ يَبْنِىَ له عَقارًا ؛ لأنَّه فى مَعْنَى الشِّراءِ ، إلَّا أنْ يَكُونَ الشِّراءُ أحَظَّ ، وهو مُمْكِنٌ ، فيَتَعَيَّنُ تَقْدِيمُه . وإذا أرادَ البِناءَ ، بناه بما يَرَى الحَظَّ فى البِناءِ به. وقال أصحابُنا : يَبْنِيه بالآجُرِّ والطِّينِ ، ولا يَبْنِى باللَّبِنِ ؛ لأنَّه إذا هُدِمَ لا مَرْجُوعَ له ، ولا بِجِصٍّ ؛ لأنَّه يَلْتَصِقُ بالآجُرِّ ، فلا يَتَخَلَّصُ منه ، فإذا هُدِمَ فَسَدَ الآجُرُّ ؛ لأنَّ تَخْلِيصَه منه يُفْضِى إلى كَسْرِه . وهذا مذهبُ الشّافِعِىِّ . والذى قلناه أوْلَى ، إنْ شاءَ اللهُ تعالى ، فإنَّه إذا كان الحَظُّ له فى البِناءِ بغيرِه ، فتَرَكَه ، ضَيَّعَ حَظَّهُ ومالَه ، ولا يجوزُ تَضْيِيعُ الحَظِّ العاجِلِ ، وتَحَمُّلُ الضَّرَرِ النّاجِزِ المُتَيَقَّنِ ، لتَوَهُّمِ مَصْلَحَةِ بقاءِ الآجُرِّ عِنْدَ هَدْمِ البِناءِ ، ولَعلَّ ذلك / لا يَكُونُ فى حياتِه ، ولا يَحتاجُ إليه ، مع أنَّ كَثِيرًا مِن البُلْدانِ لا يُوجَدُ فيها الآجُرُّ ، وكَثِيرٌ منها لم تَجْرِ عادَتُهم بالبِناءِ به ، فلو كُلِّفُوا البِناءَ به ، لاحتاجُوا إلى غَرامَةٍ كَثِيرَةٍ ، لا يَحْصُلُ منها طائِلٌ . وقولُ أصحابِنا يَخْتَصُّ مَن عادَتُهم البِناءُ بالآجُرِّ ، كالعِراقِ ونَحْوِها ، فلا يَصِحُّ فى حَقِّ غيرِهم .

٣٣/٥ و

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ عَقارِه لغيرِ حاجَةٍ ؛ لأنَّنا نَأْمُرُه بالشِّراءِ لما فيه مِن الحَظِّ ،

---

(١١) فى الأصل : « يحتمل » .

فيَكُونُ بَيْعُه تَفْوِيتًا للحَظِّ . فإنِ احْتِيجَ إلى بَيْعِه ، جازَ . نَقَلَ أبو داوُدَ عن أحمدَ : يَجُوزُ للوَصِيِّ بَيْعُ الدُّورِ على الصِّغارِ ، إذا كان نَظَرًا[١٢] لهم . وبه قال الثَّوْرِيُّ ، والشّافِعِيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ ، وإسحاقُ ، قالوا : يَبِيعُ إذا رأى الصَّلاحَ . قال القاضى : لا يجوزُ إلَّا فى مَوْضِعَيْنِ ؛ أحَدِهما ، أنْ يكونَ به ضَرُورَةٌ إلى كِسْوَةٍ ، أو نَفَقَةٍ ، أو قضاءِ دَيْنٍ ، أو ما لابُدَّ مِنه ، وليس له ما تَنْدَفِعُ به حاجَتُه . الثّانى ، أنْ يكونَ فى بَيْعِه غِبْطَةٌ ؛ وهو أنْ يُدْفَعَ فيه زِيادَةٌ كَثِيرَةٌ على ثَمَنِ المِثْلِ . قال أبو الخَطّابِ : كالثُّلُثِ ونَحْوِه . أو يَخافُ عليه الهَلاكَ بغَرَقٍ أو خَرابٍ ، أو نَحْوِه . وهذا مذهبُ الشّافِعِيِّ . وكَلامُ أحمدَ يَقْتَضِى إباحَةَ البَيْعِ فى كُلِّ مَوْضِعٍ يَكُونُ نَظَرًا لهم ، ولا يَخْتَصُّ بما ذَكَرُوه . وقد يَرَى الوَلِيُّ الحَظَّ فى غيرِ هذا ، مِثْلُ أنْ يكونَ فى مَكانٍ لا يَنْتَفِعُ به ، أو نَفْعُه قَلِيلٌ ، فيَبِيعُه ويَشْتَرِى له فى مكانٍ يَكْثُرُ نَفْعُه ، أو يَرَى شَيْئًا فى شِرائِه غِبْطَةٌ ، ولا يُمْكِنُه شِراؤُه إلَّا ببَيْعِ عَقارِه . وقد تكونُ دارُه فى مكانٍ يَتَضَرَّرُ الغُلامُ بالمُقَامِ فيها ، لسُوءِ الجِوارِ أو غيرِه ، فيَبِيعُها ، ويَشْتَرِى له بثَمَنِها دارًا يَصْلُحُ له المُقَامُ بها ، وأشباهُ هذا مِمَّا لا يَنْحَصِرُ . وقد لا يَكُونُ له حَظٌّ فى بَيْعِ عَقارِه ، وإنْ دُفِعَ فيه[١٣] مِثْلَا ثَمَنِه ، إمَّا لحاجَتِه إليه ، وإمَّا لأنَّه لا يُمْكِنُ صَرْفُ ثَمَنِه فى مِثْلِه ، فيَضِيعُ الثَّمَنُ ، ولا يُبارَكُ فيه . فقد جاءَ عن النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ بَاعَ دَارًا ، أَوْ عَقَارًا ، وَلَمْ يَصْرِفْ ثَمَنَهُ فى مِثْلِه ، لَمْ يُبَارَكْ لَهُ فِيهِ »[١٤] . فلا يجوزُ بَيْعُه إذًا ، فلا مَعْنَى لتَقْيِيدِه بما ذَكَرُوه فى الجَوازِ ، ولا فى المَنْعِ ، بل متى كان بَيْعُه أحَظَّ له ، جازَ [١٥]بَيْعُه ، وإلَّا[١٥] فلا .

---

(١٢) النَّظَر : الإعَانَة ، ويُعَدَّى باللام . تاج العروسِ (ن ظ ر) .

(١٣) فى الأصل : « فيها » .

(١٤) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من باع عقارا و لم يجعل ثمنه فى مثله ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٣٢/٢ . والدارمى ، فى : باب فى من باع دارا فلم يجعل ثمنها فى مثلها ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٧٣/٢ . والإمام أحمد ، فى المسند ٣٠٧/٤ .

(١٥ - ١٥) فى الأصل : « وما » .

٣٣/ ظ

فصل : ويجوزُ لوَلِيِّ / اليَتِيمِ كِتابَةُ رَقِيقِ اليَتِيمِ ، وإعتاقُه على مالٍ ، إذا كان الحَظُّ فيه ، مِثْلُ أنْ تَكُونَ قِيمَتُه ألْفًا ، فيُكاتِبَه بألْفَيْنِ ، (١٦أو يُعْتِقَه بألْفَيْنِ١٦) . فإنْ لم يَكُنْ فيها حَظٌّ ، لم يَصِحَّ . وقال مالِكٌ ، وأبو حنيفةَ : لا يَجُوزُ إعتاقُه ؛ لأنَّ الإعتاقَ بمالٍ تَعْليقٌ له على شَرْطٍ ، فلم يَمْلِكْه وَلِيُّ اليَتِيمِ ، كالتَّعْلِيقِ على دُخُولِ الدّارِ . وقال الشّافِعِيُّ : لا تجوزُ كِتابَتُه ، ولا إعتاقُه ؛ لأنَّ المَقْصُودَ مِنهما العِتْقُ ، دُونَ المُعاوَضَةِ ، فلم تَجُزْ ، كالإعتاقِ بغيرِ عِوَضٍ . ولَنا ، أنَّها مُعاوَضَةٌ لليَتِيمِ فيها حَظٌّ ، فمَلَكَها وَلِيُّه ، كبَيْعِه ، ولا عِبْرَةَ بنَفْعِ العبدِ ، ولا يَضُرُّه كَوْنُه تَعْلِيقًا ، فإنَّه إذا حَصَلَ الحَظُّ لليَتِيمِ ، لا يَضُرُّه نَفْعُ غيرِه ، ولا كَوْنُ العِتْقِ حَصَلَ بالتَّعْلِيقِ ، وفارَقَ ما قاسُوا عليه ؛ فإنَّه لا نَفْعَ فيه ، فمُنِعَ مِنه ، لعَدَمِ الحَظِّ ، وانْتِفاءِ المُقْتَضِي ، لا لِما ذَكَرُوه . ولو قُدِّرَ أنْ يَكُونَ فى العِتْقِ بغيرِ مالٍ نَفْعٌ ، كان نادِرًا . ويَتَوَجَّهُ أنْ يَصِحَّ . قال أبو بكرٍ : يَتَوَجَّهُ العِتْقُ بغيرِ عِوَضٍ للحَظِّ ، مِثْلُ أنْ يكونَ لليَتِيمِ جارِيَةٌ وابْنَتُها ، يُساوِيانِ مِائةً مُجْتَمِعَيْنِ ، ولو أُفرِدَتْ إحداهما ساوَتْ مِائَتَيْنِ ، ولا يُمْكِنُ إفرادُها بالبَيْعِ ، فيُعْتِقُ الأُخْرَى ، لتَكْثُرَ قِيمَةُ الباقِيَةِ ، فتَصِيرَ ضِعْفَ قِيمَتِها .

فصل : قال أحمدُ : ويجوزُ للوَصِيِّ أنْ يَشْتَرِىَ لليَتِيمِ أُضْحِيَّةً ، إذا كان له مالٌ . يَعْنِى مالًا كَثِيرًا لا يَتَضَرَّرُ بشِراءِ الأُضْحِيَّةِ ، فيكونُ ذلك، على وَجْهِ التَّوْسِعَةِ فى النَّفَقَةِ فى هذا اليَوْمِ ، الذى هو عِيدٌ ، ويَوْمُ فَرَحٍ ، وفيه جَبْرُ قَلْبِه ، وتَطْيِيبُه ، وإلحاقُه بمَن له أبٌ ، فيُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ(١٧) الثِّيابِ الحَسَنَةِ وشِراءِ اللَّحْمِ ، سِيَّما مع اسْتِحْبابِ التَّوْسِعَةِ فى هذا اليَوْمِ ، وجَرْىِ العادَةِ بها(١٨) ؛ بدَلِيلِ قولِ النَّبِىِّ ﷺ : « إنَّهَا أيَّامُ أكْلٍ ، وَشُرْبٍ ، وَذِكْرٍ لِلهِ عَزَّ وَجَلَّ » . رواه مُسْلِمٌ(١٩) . ومتى كان خَلْطُ مالِ

(١٦ - ١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) فى الأصل : « بمنزلة » .

(١٨) فى م : « فيها » .

(١٩) تقدم تخريجه عند مسلم ، من حديث نبيشة الهذلى ، فى : ٤٢٥/٤ . وانظر ما أخرجه مسلم ، فى الباب نفسه . صحيح مسلم ٨٠١/٢ .

=

اليَتِيمِ أرْفَقَ به ، وألْيَنَ فى الخُبْزِ ، وأمْكَنَ فى حُصُولِ الأُدْمِ ، فهو أوْلَى . وإنْ كان إفرادُه أرْفَقَ به أفْرَدَه ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ وَلَوْ / شَاءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾[20] . أى ضَيَّقَ عَلَيْكُم وشَدَّدَ ، مِن قولِهم : أعْنَتَ فُلانٌ فُلانًا . إذا ضَيَّقَ عليه وشَدَّدَ . وعَنِتَتِ الرِّجْلُ ، إذا ضَلِعَتْ[21] . ويَجُوزُ للوَصِىِّ تَرْكُ الصَّبِىِّ فى المَكْتَبِ بغيرِ إذْنِ الحاكِمِ . وحُكِىَ لأحمدَ قولُ سُفْيانَ : لا يُسَلِّمُ الوَصِىُّ الصَّبِىَّ إلّا بإذْنِ الحاكِمِ . فأنْكَرَ ذلك ؛ وذلك لأنَّ المَكْتَبَ مِن مَصالِحِه ، فجَرَى مَجْرَى نَفَقَتِه ، ولمأْكُولِه ، ومَشْرُوبِه ، ومَلْبُوسِه . وكذلك يجوزُ له إسلامُه فى صِناعَةٍ ، إذا كانت مَصْلَحَتُه فى ذلك ؛ لما ذَكَرْنا .

٣٤/٥ و

فصل : وإذا كان الوَلِىُّ مُوسِرًا ، فلا يَأْكُلْ مِن مالِ اليَتِيمِ شَيْئًا إذا لم يكنْ أبًا ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ﴾[22] . وإنْ كان فَقِيرًا ، فله أقَلُّ الأمْرَيْنِ ؛ مِن أُجْرَتِه ، أو قَدْرِ كِفايَتِه ؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّه بالعَمَلِ والحاجَةِ جَمِيعًا ، فلم

= وما أخرجه أبو داود ، فى : باب صيام أيام التشريق ، من كتاب الصوم ، وفى : باب فى حبس لحوم الأضاحى ، من كتاب الأضاحى . سنن أبى داود ١/٥٦٤ ، ٢/٩٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الصوم فى أيام التشريق ، من كتاب الصوم ، عارضة الأحوذى ٣/٣٠١ . والنسائى ، فى : باب النهى عن صوم يوم عرفة ، من كتاب المناسك . وفى : باب تفسير العتيرة ، من كتاب الفرع والعتيرة . وفى : باب تأويل قوله عز وجل : ﴿ قالت الأعراب آمنا ... ﴾ ، من كتاب الإيمان . المجتبى ٥/٢٠٣ ، ٧/١٥٠ ، ٨/٩٢ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى النهى عن صيام أيام التشريق ، من كتاب الصيام . سنن ابن ماجه ١/٥٤٨ . والدارمى ، فى : باب فى صيام يوم عرفة ، وباب النهى عن صيام أيام التشريق ، من كتاب الصوم . سنن الدارمى ٢/٢٣ ، ٢٤ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى صيام أيام منى ، من كتاب الحج . الموطأ ١/٣٧٦ . والإمام أحمد ، فى المسند ١/٧٦ ، ٩٢ ، ١٠٤ ، ٢/٢٢٩ ، ٣٨٧ ، ٥١٣ ، ٥٣٥ ، ٣/٤١٥ ، ٤٥٠ ، ٤٥١ ، ٤٦٠ ، ٤٩٤ ، ٤/١٥٢ ، ٣٣٥ ، ٥/٧٥ ، ٧٦ ، ٢٢٤ .

(٢٠) سورة البقرة ٢٢٠ .

(٢١) الضَّلَع ، بالتحريك : الاعوجاج خِلْقَةً ، يكون فى المَشْى من المَيْل . فإن لم يكن خلقة فهو الضَّلْع ، بسكون اللام ، تقول منه : ضَلِع بالكسر ، يَضْلَع ضَلَعا ، وهو ضَلِع . لسان العرب (ض ل ع) .

(٢٢) سورة النساء ٦ .

يَجُزْ أنْ يَأْخُذَ إلَّا ما وُجِدا فيه . فإذا أَكَلَ منه ذلك القَدْرَ ، ثم أَيْسَرَ ؛ فإنْ كان أبًا ، لم يَلْزَمْه عِوَضُه ، رِوايَةً واحِدَةً ؛ لأنَّ للأبِ أنْ يَأْخُذَ مِن مالِ وَلَدِه ما شاءَ مع الحاجَةِ وعَدَمِها . وإنْ كان غيرَ الأبِ ، فهل يَلْزَمُه عِوَضُ ذلك ؟ على رِوايَتَيْنِ ؛ إحْداهما ، لا يَلْزَمُه . وهو قولُ الحَسَنِ ، والنَّخَعِىِّ ، وأحَدُ قَوْلَى الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى أمَرَ بالأكْلِ مِن غيرِ ذِكْرِ عِوَضٍ ، فأشْبَهَ سائِرَ ما أمَرَ بأَكْلِه ، ولأنَّه عِوَضٌ مِن عَمَلِه فلم يَلْزَمْه بَدَلُه ، كالأجِيرِ والمُضارِبِ . والثّانيةُ ، يَلْزَمُه عِوَضُه . وهو قولُ عَبِيدَةَ السَّلْمانِىِّ ، وعطاءٍ ، ومُجاهِدٍ ، وسعيدِ بن جُبَيْرٍ ، وأبى العالِيَةِ ؛ لأنَّه اسْتَباحَه بالحاجَةِ مِن مالِ غيرِه ، فلَزِمَه قَضاؤُه ، كالمُضْطَرِّ إلى طَعامِ غيرِه . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّه لو وَجَبَ عليه إذا أيْسَرَ ، لكان واجِبًا فى الذِّمَّةِ قَبْلَ اليَسارِ ، فإنَّ اليسارَ ليس بسَبَبٍ للوُجُوبِ ، فإذا لم يَجِبْ بالسَّبَبِ[23] ، الذى هو الأكْلُ ، لم يَجِبْ بعدَه . وفارَقَ المُضْطَرَّ ؛ فإنَّ العِوَضَ واجِبٌ عليه فى ذِمَّتِه ، ولأنَّه لم يَأْكُلْه عِوَضًا عن شَىْءٍ ، وهذا بخِلافِه .

فصل : فأمَّا قَرْضُ مالِ اليَتِيمِ ؛ فإذا لم يَكُنْ فيه حَظٌّ له ، لم يَجُزْ قَرْضُه ، فمتى أمْكَنَ / الوَلِىَّ التِّجارَةَ به ، أو تَحْصِيلَ عَقارٍ له فيه الحَظُّ ، لم يُقْرِضْه ؛ لأنَّ ذلك يُفَوِّتُ الحَظَّ على اليَتِيمِ ، وإنْ لم يُمْكِنْ ذلك ، وكان قَرْضُه حَظًّا لليَتِيمِ ، جازَ . قال أحمدُ : لا يُقْرِضُ مالَ اليَتِيمِ لأحَدٍ يُرِيدُ مُكافأتَه ، ومَوَدَّتَه ، ويُقْرِضُ على النَّظَرِ ، والشَّفَقَةِ ، كما صَنَعَ ابنُ عمرَ . وقيلَ لأحمدَ : إنَّ عمرَ اسْتَقْرَضَ مالَ اليَتِيمِ . قال : إنَّما اسْتَقْرَضَ نَظَرًا لليَتِيمِ ، واحْتِياطًا ، إنْ أصابَه بشىءٍ غَرِمَه . قال القاضى : ومَعْنَى الحَظِّ أنْ يكونَ لليَتِيمِ[24] مالٌ فى بَلَدِه ، فيُرِيدُ نَقْلَه إلى بَلَدٍ آخَرَ ، فيُقْرِضُه مِن رَجُلٍ فى ذلك البَلَدِ ، ليَقْضِيَه بَدَلَه فى بَلَدِه ، يَقْصِدُ بذلك حِفْظَه مِن الغَرَرِ فى نَقْلِه ، أو يَخافُ عليه الهَلاكَ مِن نَهْبٍ ، أو غَرَقٍ ، أو نَحْوِهما ، أو يكونُ مِمَّا يَتْلَفُ بتطاوُلِ مُدَّتِه ،

٣٤/٥ ظ

(٢٣) فى الأصل : « بالتسبب » .

(٢٤) فى الأصل : « للصبى » .

أو حَدِيثُه خيرٌ مِن قَدِيمِه ، كالحِنْطَةِ ونحوِها ، فيُقْرِضُه خَوفًا أنْ يُسَوِّسَ ، أو تَنْقُصَ قِيمَتُه ، وأشباهُ هذا ، فيَجُوزُ القَرْضُ ؛ لأنَّه مِمَّا لليَتِيمِ فيه حَظٌّ فجازَ ، كالتِّجارَةِ به . وإنْ لم يَكُنْ فيه حَظٌّ ، وإنَّما قَصَدَ إرْفاقَ المُقْتَرِضِ ، وقضاءَ حاجَتِه ، فهذا غيرُ جائِزٍ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ بمالِ اليَتِيمِ ، فلم يَجُزْ كهِبَتِه . وإنْ أرادَ الوَلِيُّ السَّفَرَ ، لم يَكُنْ له المُسافَرَةُ بمالِه ، وقَرْضُه لِثِقَةٍ أمِينٍ أوْلَى مِن إيداعِه ؛ لأنَّ الوَدِيعَةَ لا تُضْمَنُ إذا تَلِفَتْ ، فإنْ لم يَجِدْ مَن يَسْتَقْرِضُه على هذه الصِّفَةِ ، فله إيداعُه ؛ لأنَّه مَوْضِعُ حاجَةٍ . ولو أوْدَعَه مع إمكانِ قَرْضِه ، جازَ ، ولا ضمانَ عليه ، فإنَّه رُبَّما رَأى الإيداعَ أحَظَّ له مِنَ القَرْضِ ، فلا يكونُ مُفَرِّطًا . وكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنا : له قَرْضُه . فلا يجوزُ إلَّا لمَلِيءٍ أمِينٍ ، ليَأْمَنَ جُحُودَه ، وتَعَذُّرَ الإيفاءِ ، ويَنْبَغِي أنْ يَأْخُذَ رَهْنًا إنْ أمْكَنَه ، وإنْ تَعَذَّرَ عليه أخْذُ الرَّهْنِ ، جازَ تَرْكُه ، فى ظاهِرِ كلامِ أحمدَ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ مِمَّن يَسْتَقْرِضُه مِن أجلِ حَظِّ اليَتِيمِ ، أنَّه لا يَبْذُلُ رَهْنًا ، فاشْتِراطُ الرَّهْنِ يُفَوِّتُ هذا الحَظَّ . وقال أبو الخَطّابِ : يُقْرِضُه إذا أخَذَ بالقَرْضِ[٢٥] رَهْنًا . فظاهِرُ هذا أنَّه لا يُقْرِضُه إلَّا برَهْنٍ ؛ لأنَّ فيه احْتِياطًا للمالِ ، وحِفْظًا له عن الجَحْدِ ، والمَطْلِ . وإنْ أمْكَنَه أخْذُ الرَّهْنِ ، فالأوْلَى / له أخْذُه ، احْتِياطًا على المالِ ، وحِفْظًا له ، فإنْ تَرَكَه احْتَمَلَ أنْ يَضْمَنَ إنْ ضاعَ المالُ ؛ لتَفْرِيطِه ، واحْتَمَلَ أنْ لا يَضْمَنَ ؛ لأنَّ الظّاهِرَ سَلامَتُه . وهذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ؛ لكَوْنِه لم يَذْكُرِ الرَّهْنَ . ٣٥/٥ و

فصل : قال أبو بكرٍ : وهل يجوزُ للوَصِيِّ أنْ يَسْتَنِيبَ فيما يَتَوَلَّى مِثْلَه بنَفْسِه ؟ على روايَتَيْنِ ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ بالإذْنِ فى مالِ غيرِه ، فأشْبَهَ الوَكِيلَ . وقال القاضى : يجُوزُ ذلك للوَصِيِّ ، وفى الوَكِيلِ روايتانِ . وفَرَّقَ بينَهما بأنَّ الوَكِيلَ يُمْكِنُه الاسْتِئْذانُ ، والوَصِيُّ بخِلافِه .

---

(٢٥) فى الأصل : « بالعوض » .

فصل : وإذا[٢٦] ادَّعَى الوَلِيُّ الإنفاقَ على الصَّبِيِّ، أو على مالِه، أو عَقارِه، بالمَعْرُوفِ مِن مالِه، أو[٢٦] ادَّعَى أنَّه باعَ عقارَه لحَظِّهِ، أو بِناءً لمَصْلَحتِه، أو[٢٧] أنَّه تَلِفَ، قُبِلَ قولُه. وقال أصحابُ الشّافِعِيِّ : لا يُمْضِى الحاكِمُ بَيْعَ الأمِينِ والوَصِيِّ حتَى يَثْبُتَ عندَه الحَظُّ ببَيِّنَةٍ، ولا يَقْبَلُ قَوْلَهما فى ذلك، ويَقْبَلُ قَوْلَ الأبِ والجَدِّ. ولَنا، أنَّ مَن جازَ له بَيْعُ العَقارِ، وشِراؤُه لليَتِيمِ، يَجِبُ أنْ يُقْبَلَ قولُه فى الحَظِّ، كالأبِ والجَدِّ. ولأنَّه يُقْبَلُ قولُه فى عَدَمِ التَّفْرِيطِ فيما تَصَرَّفَ فيه مِن غيرِ العَقارِ، فيُقْبَلُ قولُه فى العقارِ، كالأبِ. وإذا بَلَغَ الصَّبِيُّ، فادَّعَى أنَّه لاحَظَّ له فى البَيْعِ، لم يُقْبَلْ إلَّا ببَيِّنَةٍ، فإنْ لم تَكُنْ بَيِّنَةٌ، فالقولُ قولُ الوَلِيِّ مع يَمِينِه. وإنْ قال الوَلِيُّ : أنْفَقْتُ عليكَ مُنْذُ ثلاث سِنِينَ. وقال الغُلامُ : ما ماتَ أبى إلَّا منذُ سَنَتَيْنِ. فالقولُ قولُ الغُلامِ. ذَكَرَه القاضى ؛ لأنَّ الأصلَ حياةُ والدِه، واخْتلافُهما فى أمْرٍ ليس الوَصِىُّ أمِينًا فيه، فكان القولُ قولَ مَن يُوافِقُ قَوْلُه الأصلَ.

فصل : قال أحمدُ : يجوزُ للوَصِيِّ البَيْعُ على الغائِبِ البالِغِ، إذا كان مِن طَرِيقِ النَّظَرِ. وقال أصحابُنا : يَجُوزُ للوَصِيِّ البَيْعُ على الصِّغارِ والكِبارِ، إذا كانت حُقُوقُهم مُشْتَرَكَةً فى عَقارٍ فى قَسْمِه إضرارٌ، وبالصِّغارِ حاجَةٌ إلى البَيْعِ، إمَّا لقَضاءِ دَيْنٍ، أو مُؤْنَةٍ لهم. وقال أبو حنيفةَ، وابنُ أبى لَيْلَى : يجوزُ البَيْعُ، على الصِّغارِ والكِبارِ فيما لابُدَّ منه. ولعلَّهما أرادا هذه الصُّورَةَ ؛ لأنَّ فى ذلك نَظَرًا للصِّغارِ، واحْتِياطًا للمَيِّتِ فى قضاءِ دَيْنِه. وقال الشّافِعِيُّ : لا يَصِحُّ بَيْعُه على الكِبارِ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ فى مالِ غيرِه / مِن غيرِ وَكالَةٍ، ولا وِلايةٍ، فلم يَصِحَّ، كبيعِ مالِه المُفْرَدِ، أو ما لا تَضُرُّ قِسْمَتُه. وهذا هو الصَّحِيحُ، وما ذَكَرُوه لا أصلَ له يُقاسُ عليه، ويُعارِضُه أنَّ فيه ضَرَرًا على الكِبارِ، ببَيْعِ ما لِهم بغيرِ إذْنِهم. ولأنَّه لا يجُوزُ له بَيْعُ غيرِ العَقارِ، فلم يَجُزْ له بَيْعُ العقارِ، كالأجْنَبِيِّ.

٣٥/٥ ظ

(٢٦ - ٢٦) سقط من : الأصل. نقلة نظر.

(٢٧) سقط من : م.

فصل : ويَصِحُّ تَصرُّفُ الصَّبِيِّ المُمَيِّزِ بالبَيْعِ والشِّراءِ ، فيما أذِنَ له الوَلِيُّ فيه . فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ . والثَّانيةُ ، لا يَصِحُّ حتى يَبْلُغَ . وهو قولُ الشّافِعِيِّ ؛ لأنَّه غيرُ مُكَلَّفٍ ، أشْبَهَ غيرَ المُمَيِّزِ . ولأنَّ العَقْلَ لا يُمْكِنُ الوُقوفُ مِنه على الحَدِّ الذى يَصْلُحُ بِه التَّصَرُّفُ ؛ لخَفائِه ، وتَزايُدِه تَزايُدًا خَفِيَّ التَّدْرِيجِ ، فجَعَلَ الشّارِعُ له ضابِطًا ، وهو البُلوغُ ، فلا يَثْبُتُ له أحكامُ العُقَلاءِ قَبْلَ وُجودِ المَظِنَّةِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُوا ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾[٢٨] . ومعناه ؛ اخْتبِرُوهم لتَعْلَمُوا رُشْدَهم . وإنّما يَتَحَقَّقُ اخْتِيارُهم بتَفْوِيضِ التَّصَرُّفِ إليهم مِن البَيْعِ والشِّراءِ ؛ لِيُعْلَمَ هل يُغْبَنُ أوْ لا . ولأنَّه عاقِلٌ مُمَيِّزٌ ، مَحْجُورٌ عليه ، فصَحَّ تَصرُّفُه بإذْنِ وَلِيِّه ، كالعَبْدِ . وفارَقَ غيرَ المُمَيِّزِ ، فإنَّه لا تَحْصُلُ المَصْلَحَةُ بتَصرُّفِه ؛ لعَدَمِ تَمْييزِه ومَعْرِفَتِه ، ولا حاجَةَ إلى اخْتِيارِه ؛ لأنه قد عُلِمَ حالُه . وقَوْلُهم : إنَّ العَقْلَ لا يُمْكِنُ الاطِّلاعُ عليه . قُلْنا : يُعْلَمُ ذلك بآثارِ وجَرَيانِ تَصرُّفاتِه على وَفْقِ المَصْلَحةِ ، كما يُعْلَمُ فى حَقِّ البالِغِ ، فإنَّ مَعْرِفَةَ رُشْدِه ، شَرْطُ دَفْعِ مالِه إليه ، وصِحَّةِ تَصرُّفِه ، كذا هـٰهُنا . فأمّا إنْ تَصَرَّفَ بغيرِ إذْنِ وَلِيِّه ، لم يَصِحَّ تَصرُّفُه . ويَحْتَمِلُ أنْ يَصِحَّ ، ويَقِفَ على إجازَةِ الوَلِيِّ . وهو قولُ أبى حَنِيفَةَ . ومَبْنَى ذلك على ما إذا تَصَرَّفَ فى مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، وقد ذَكَرْناها فيما مَضَى . وأمّا غيرُ المُمَيِّزِ ، فلا يَصِحُّ تَصرُّفُه ، وإن أذِنَ له الوَلِيُّ فيه ، إلَّا فى الشىءِ اليَسِيرِ ، كما رُوِىَ عن أبى الدَّرْداءِ ، أنَّه اشْتَرَى مِن صَبِىٍّ عُصْفُورًا ، فأرْسَلَه . ذَكَرَه ابنُ أبى موسى .

٧٦٩ ــ مسألة ؛ قال : (**وَمَا اسْتَدَانَ العَبْدُ ، فهو فى رَقَبَتِه يَفْدِيهِ سَيِّدُه ، أو يُسَلِّمُه ، فإنْ جَاوَزَ ما اسْتَدَانَ قِيمَتَه ، لم يَكُنْ عَلَى سَيِّدِه / أكْثَرُ من قِيمَتِهِ ، إلَّا أنْ يَكُونَ مَأْذُونًا لَهُ فِى التِّجَارَةِ ، فَيَلْزَمُ مَوْلَاهُ جَمِيعُ ما اسْتَدَانَ**) ٣٦/٥ و

فى هذه المسألةِ أرْبَعَةُ فُصُولٍ :

---

(٢٨) سورة النساء ٦ .

أحدُها ، فى استِدانَةِ العَبْدِ ، يَعْنِى أَخْذَه بالدَّيْنِ ، يقال : أدانَ واسْتَدانَ وتَدَيَّنَ . قال الشَّاعِرُ :

يُؤنِّبنِى فى الدَّيْنِ قَوْمِى ، وإنَّما تَدَيَّنْتُ فِيما سَوْفَ يُكْسِبُهم حَمْدَا[1]

والعَبِيدُ قِسْمانِ ، مَحْجُورٌ عليه ، فما لَزِمَه من الدَّيْنِ بغيرِ رِضَى سَيِّدِه ، مثلُ أن يَقْتَرِضَ ، أو يَشْتَرِى شَيْئًا فى ذِمَّتِه ، ففيه رِوايَتانِ ؛ إحْداهُما ، يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه . اخْتارَها الخِرَقِىُّ ، وأبو بكرٍ ؛ لأنَّه دَيْنٌ لَزِمَه بغيرِ إذْنِ سَيِّدِهِ ، فتَعَلَّقَ برَقَبَتِه ، كأَرْشِ جنايَتِه . والثانية ، يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِه يَتْبَعُه الغَرِيمُ به إذا أُعْتِقَ وأَيْسَرَ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ فى ذِمَّتِه بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه . فتَعَلَّقَ بِذِمَّتِه ، كَعِوَضِ الخُلْعِ من الأَمَةِ ، وكَالحُرِّ . القسم الثانى ، المَأْذُونُ له فى التَّصَرُّفِ ، أو فى الاسْتِدانَةِ ، فما يَلْزَمُه من الدَّيْنِ هل[2] يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ ، [3]أو برَقَبَتِه ؟ على رِوايَتَيْنِ[3] . وقال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ : إن كان فى يَدِه مالٌ ، قُضِيَتْ دُيُونُه منه ، وإن لم يكنْ فى يَدِه شَىءٌ ، تَعَلَّقَ بِذِمَّتِه ، يُتْبَعُ به إذا عَتَقَ وأَيْسَرَ ؛ لأنَّه دَيْنٌ ثَبَتَ بِرِضَى مَن له الدَّيْنُ ، أشْبَهَ غيرَ المَأْذُونِ له ، فوَجَبَ أن لا يَتَعَلَّقَ برَقَبَتِه ، كما لو اسْتَقْرَضَ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه . وقال أبو حنيفةَ : يُباعُ إذا طالَبَ الغُرَماءُ بَيْعَه . وهذا معناه ، أنَّه تَعَلَّقَ برَقَبَتِه ؛ لأنَّه دَيْنٌ ثَبَتَ بِرِضَى من له الدَّيْنُ ، فيُباعُ فيه ، كما لو رَهَنَه . ولَنا ، أنَّه إذا أَذِنَ له فى التِّجارَةِ ، فقد أغْرَى النَّاسَ بمُعامَلَتِه ، وأَذِنَ فيها ، فصارَ ضامِنًا ، كما لو قال لهم : دايِنُوهُ ، أو أَذِنَ فى اسْتِدانَةٍ ، تَزِيدُ على قِيمَتِه ، ولا فَرْقَ بين الدَّيْنِ الذى لَزِمَه فى التِّجارَةِ المَأْذُون فيها ، أو فيما لم يُؤْذَنْ له[4] فيه ، مثلُ أن أَذِنَ له فى التِّجارَةِ فى البَزِّ ، فاتَّجَرَ فى غيرِه ، فإنَّه لا يَنْفَكُّ عن التَّغْرِيرِ ، إذ يَظُنُّ الناسُ أنَّه مَأْذُونٌ له فى ذلك أيضًا .

---

(١) البيت مطلع قصيدة للمُقَنَّع الكندى . انظر حماسة أبى تمام ٦٠٣/١ ، والشعر والشعراء ٧٣٩/٢ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) فى الأصل : « رواية واحدة » .

(٤) سقط من : م .

٣٦/٥ ظ

الفصل الثانى ، فيما لَزِمَه من الدَّيْنِ / من أُرُوشِ جناياتِه ، أو قِيَمِ مُتْلَفاتِه ، فهذا يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ العَبْدِ ، على كلِّ حالٍ ، مَأْذُونًا ، أو غيرَ مَأْذُونٍ ، رِوايَةً واحِدَةً ، وبه يقول أبو حنيفةَ والشَّافِعِيُّ . وكلُّ ما يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِه فإنَّ السَّيِّدَ يَتَخَيَّرُ بين تَسْلِيمِه لِلْبَيْعِ وبين فِدائِه ، فإن سَلَّمَهُ فَبِيعَ ، وكان ثَمَنُهُ أَقَلَّ من أَرْشِ جِنايَتِه ، فليس لِلْمَجْنِيِّ عليه إلَّا ذلك ؛ لأنَّ العَبْدَ هو الجانِى ، فلا يَجِبُ على غيرِه شىءٌ . وإن كان ثَمَنُه أَكْثَرَ ، فالفَضْلُ لِسَيِّدِه . وذَكَرَ القاضى أنَّ ظاهِرَ كَلامِ أحمدَ ، أنَّ السَّيِّدَ لا يَرْجِعُ بالفَضْلِ . ولَعَلَّه يَذْهَبُ إلى أنَّه دَفَعَه إليه عِوَضًا عن الجِنايَةِ ، فلم يَبْقَ لِسَيِّدِه فيه شىءٌ ، كما لو مَلَّكَه إيَّاه عِوَضًا عن الجِنايَةِ . وهذا ليس بِصَحِيحٍ . فإنَّ المَجْنِيَّ عليه لا يَسْتَحِقُّ أَكْثَرَ من قَدْرِ أَرْشِ الجِنايَةِ عليه ، كما لو جَنَى عليه حُرٌّ ، والجَانِى لا يَجِبُ عليه أَكْثَرُ من قَدْرِ جِنايَتِه ، ولأنَّ الحَقَّ تَعَلَّقَ بعَيْنِه ، فكان الفَضْلُ من ثَمَنِه لِسَيِّدِه ، كالرَّهْنِ . ولا يَصِحُّ قولُهم : إنَّه دَفَعَه عِوَضًا . لأنَّه لو كان عِوَضًا ، لَمَلَكَه المَجْنِيُّ عليه ، ولم يُبَعْ فى الجِنايَةِ ، وإنَّما دَفَعَه لِيُباعَ ، فيُؤْخَذَ منه عِوَضُ الجِنايَةِ ، ويُرَدَّ إليه الباقِى ، ولذلك لو أَتْلَفَ دِرْهَمًا ، لم يَبْطُلْ حَقُّ سَيِّدِه منه بذلك ؛ لِعَجْزِه عن أداءِ الدِّرْهَمِ مِن غيرِ ثَمَنِه . وإن اخْتارَ السَّيِّدُ فِداءَه لَزِمَه أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ ؛ من قِيمَتِه ، أو أَرْشِ جِنايَتِه ؛ لأنَّ أَرْشَ الجِنايَةِ إن كان أَكْثَرَ ، فلا يَتَعَلَّقُ بغيرِ العَبْدِ الجانِى ؛ لِعَدَمِ الجِنايَةِ من غيرِه ، وإنَّما تَجِبُ قِيمَتُه ، وإن كان أَقَلَّ ، فلم يَجِبْ بالجِنايَةِ إلَّا هُو . وعن أحمدَ رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّه يَلْزَمُه أَرْشُ جِنايَتِه ، بالِغًا ما بَلَغَ ؛ لأنَّه يجوزُ أن يَرْغَبَ فيه راغِبٌ ، فيَشْتَرِيَه بأَكْثَرَ من ثَمَنِه ، فإذا مَنَعَ بَيْعَه لَزِمَه جَمِيعُ الأَرْشِ ؛ لِتَفْوِيتِه ذلك . ولِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كالرِّوايَتَيْنِ .

الفصلُ الثالث ، فى تَصَرُّفاتِه ؛ أمَّا غيرُ المَأْذُونِ ، فلا يَصِحُّ بَيْعُه ، ولا شِراؤُه بعَيْنِ المالِ ، لأنَّه تَصَرُّفٌ من المَحْجُورِ فيما(٥) حُجِرَ عليه فيه ، فأشْبَه المُفْلِسَ .

---

(٥) فى النسخ : « فيم » .

ولأنَّه تَصرُّفٌ فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فهو كتَصرُّفِ الفُضُولِيِّ . ويَتَخَرَّجُ أن يَصِحَّ ويَقِفَ على إجازَةِ السَّيِّدِ كذلك . وأمَّا شِراؤُه / بِثَمَنٍ فى ذِمَّتِه واقْتِراضُه ، فيَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه ، أشْبَه السَّفِيهَ ، ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ؛ لأنَّ الحَجْرَ لِحَقِّ غيرِه ، أشْبَهَ المُفْلِسَ والمَرِيضَ . ويَتَفَرَّعُ عن هَذَيْنِ الوَجْهَيْنِ ، أنَّ التَّصرُّفَ وإن كان فاسِدًا ، فَلِلْبائِعِ والمُقْرِضِ أخْذُ مالِه ، إن كان باقِيًا ، سَواءٌ كان فى يَدِ العَبْدِ أو السَّيِّدِ ، وإن كان تالِفًا ، فَلَه قِيمَتُه أو مِثْلُه ، إن كان مِثْلِيًّا ، فإن تَلِفَ فى يَدِ السَّيِّدِ رَجَعَ بذلك عليه ؛ لأنَّ عَيْنَ مالِه تَلِفَ فى يَدِه ، وإن شاءَ كان ذلك مُتَعَلِّقًا بِرَقَبَةِ العَبْدِ ؛ لأنَّه الذى أخَذَه منه ، وإن تَلِفَ فى يَدِ العَبْدِ ، فالرُّجُوعُ عليه . وهل يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِه ، أو ذِمَّتِه ؟ على رِوايَتَيْنِ . وإن قُلْنا : التَّصرُّفُ صَحِيحٌ . والمَبِيعُ فى يَدِ العَبْدِ ، فَلِلْبائِعِ فَسْخُ البَيْعِ ، ولِلْمُقْرِضِ الرُّجُوعُ فيما أقْرَضَ ؛ لأنَّه قد تَحَقَّقَ إعْسارُ[٦] المُشْتَرِى والمُقْتَرِضِ ، فهو أسْوَأُ حالًا من الحُرِّ المُعْسِرِ . وإن كان السَّيِّدُ قد انْتَزَعَه من يَدِ العَبْدِ ، مَلَكَه بذلك ، ولَه ذلك ؛ لأنَّه أخَذَ من عَبْدِه مالًا فى يَدِه ، بِحَقٍّ ، فهو كالصَّيْدِ . فإذا مَلَكَه السَّيِّدُ ، كان كهَلاكِه فى يَدِ العَبْدِ ، ولا يَمْلِكُ البائِعُ والمُقْرِضُ انْتِزاعَه من السَّيِّدِ ، بحالٍ . وإن كان قد تَلِفَ ، اسْتَقَرَّ ثَمَنُه فى رَقَبَةِ العَبْدِ أو فى ذِمَّتِه ، سَواءٌ تَلِفَ فى يَدِ العَبْدِ أو السَّيِّدِ . وأمَّا العَبْدُ المَأْذُونُ له ، فَيَصِحُّ تَصرُّفُه فى قَدْرِ ما أُذِنَ له فيه . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ، ولا يَصِحُّ فيما زادَ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا أذِنَ له فى نَوْعٍ ، انْفَكَّ الحَجْرُ عنه ، وجازَ له التَّصرُّفُ مُطْلَقًا ؛ لأنَّ الحَجْرَ لا يَتَجَزَّأُ ، فإذا زالَ بعضُه ، زالَ كلُّه . ولَنا ، أنَّه مُتَصرِّفٌ بالإِذْنِ ، فاخْتَصَّ تَصرُّفُه بِمَحَلِّ الإِذْنِ ، كالوَكِيلِ ، وقولُهم : إنَّ الحَجْرَ لا يَتَجَزَّأُ . لا يَصِحُّ ، فإنَّه لو صَرَّحَ بالإِذْنِ له فى بَيْعِ عَيْنٍ ، ونَهْيِه عن بَيْعِ أُخْرَى ، صَحَّ . وكذلك فى الشِّراءِ ، كالوَكِيلِ . وإن أذِنَ له السَّيِّدُ فى ضَمانٍ ، أو كَفالَةٍ ، فَفَعَلَ ، صَحَّ . وهل يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ ، أو رَقَبَةِ العَبْدِ ؟

٣٧/٥ و

---

(٦) فى الأصل : « اعتبار » .

على وَجْهَيْنِ . وإن رَأى السَّيِّدُ عَبْدَه يَتَّجِرُ ، فلم يَنْهَه ، لم يَصِرْ بذلك مَأْذُونًا له .

٣٧/٥ ظ

/ **الفصلُ الرابع** ، فى تَصرُّفاتِه ، إن كان مَأْذُونًا له فى التِّجارَةِ ، قُبِلَ إقْرارُه فى قَدْرِ ما أُذِنَ له ، و لم يُقْبَلْ فيما زادَ . ولا يُقبَلُ إقْرارُ غيرِ المَأْذُونِ له بالمالِ . فإن أقَرَّ بِعَيْنٍ فى يَدِه أو دَيْنٍ يَتعَلَّقُ بِرَقَبَتِه ، لم يُقْبَلْ على سَيِّدِه ؛ لأنَّه يُقِرُّ بحَقٍّ على غيرِه ، فلم يُقْبَلْ ، كما لو أقَرَّ أنَّ سَيِّدَه باعَه ، ويَثْبُتُ فى ذِمَّتِه يُتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ . وإن أقَرَّ بجِنايَتِه ، اسْتَوَى فى ذلك المأذُونُ له وغيرُه . ويَنْقَسِمُ ذلك أقْسَامًا أرْبَعَةً ؛ أحدها ، جِنايَةٌ مُوجِبُها المالُ ، كإتْلافِه ، أو جِنايَةُ خَطَإٍ ، أو شِبْهِ عَمْدٍ ، أو جِنايَةُ عَمْدٍ فيما لا قِصاصَ فيه ، كالجائِفَةِ ، ونحوِها ، فلا يُقْبَلُ إقْرارُه بها ؛ لأنَّه إقْرارٌ بالمالِ ، فلم يُقْبَل ، كما لو أقَرَّ بِدَراهِمَ ، أو دَنانِيرَ . القسم الثانى ، جِنايَةٌ مُوجِبُها حَدٌّ سِوَى السَّرِقَةِ ، أو قِصاصٌ فيما دونَ النَّفْسِ ، فيُقْبَلُ إقْرارُه بذلك . وبه قال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ . وقال زُفَرُ ، وداوُدُ ، والمُزَنِىُّ ، وابنُ[7] جَرِيرٍ : لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّه يَسْقُطُ به حَقُّ السَّيِّدِ ، فلا يُقبل ، كالإقْرارِ بجِنايَةِ الخَطَإِ . ولَنا ، ما رُوِىَ عن علىٍّ رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ بإقْرارِه بِالسَّرِقَةِ ، وجَلَدَ عَبْدًا أقَرَّ عنده بالزِّنَا نِصْفَ الحَدِّ . ولا مُخالِفَ له فى الصَّحابَةِ ، فكان إجْماعًا . ولأنَّ ما لا يُقْبَلُ إقْرارُ السَّيِّدِ فيه على العَبْدِ ، يُقْبَلُ فيه إقْرارُ العَبْدِ ، كالطَّلاقِ . ولأنَّ العَبْدَ غيرُ مُتَّهَمٍ فيه ؛ لأنَّ ضَرَرَه به أخَصُّ ، وهو بألَمِهِ أمَسُّ ، فقُبِلَ إقْرارُه ، كما لو أقَرَّتْ به الزَّوْجَةُ . وخُرِّجَ على هذين المَعْنَيَيْنِ جِنايَةُ الخَطإِ ؛ فإنَّ إقْرارَ السَّيِّدِ بها مَقْبُولٌ ، ولا يَتَضَرَّرُ العَبْدُ بها . القسم الثالث ، إقْرارُه بالسَّرِقَةِ ، يُقْبَلُ فى الحَدِّ ، فيُقْطَعُ ، ولا يُقْبَلُ فى المالِ ، سَواءٌ كانت العَيْنُ تالِفَةً ، أو باقِيَةً فى يَدِ السَّيِّدِ ، أو فى يَدِ العَبدِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقْطَعَ إذا أقَرَّ بِسَرِقَةِ عَيْنٍ مَوْجُودَةٍ فى يَدِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ؛ لأنَّ العَيْنَ مَحْكُومٌ بها لِسَيِّدِه ، فلا يُقْطَعُ بسَرِقَةِ عَيْنٍ لِسَيِّدِهِ ، ولأنَّ المُطالَبَةَ بالمَسْرُوقِ / شَرْطٌ فى القَطْعِ ،

٣٨/٥ و

---

(٧) سقط من : م .

وهذه لا يَمْلِكُ غيرُ السَّيِّدِ المُطالَبَةَ بها ، ولأنَّ هذا شُبْهَةٌ ، والحُدُودُ تُدْرَأُ بالشُّبهاتِ .
ولَنا ، خَبَرُ عَلِيٍّ رَضِىَ اللهُ عنه ، ولأنَّه مُقِرٌّ بسَرِقَةِ عَيْنٍ تَبْلُغُ نِصابًا ، فوَجَبَ قَطْعُه ، كما لو أقَرَّ حُرٌّ بسَرِقَةِ عَيْنٍ فى يَدِ غيرِه ، وما ذَكَرُوه يَبْطُلُ بهذه الصُّورَةِ ، وإنَّما لم تُرَدَّ العَيْنُ إلى المَسْرُوقِ منه لِحَقِّ السَّيِّدِ ، وأمَّا فى حَقِّ العَبْدِ ، فقد يَثْبُتُ لِلْمُقَرِّ له ، ولهذا لو عَتَقَ وعادَتِ العَيْنُ إلى يَدِه ، لَزِمَه رَدُّها إلى المُقَرِّ له . القسم الرابع ، الإقْرارُ بما يُوجِبُ القِصاصَ فى النَّفْسِ . فرُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه لا يُقْبَلُ . وعُمُومُ قولِ الخِرَقِىِّ ، إنْ أقَرَّ المَحْجُورُ عليه بما يُوجِبُ حَدًّا ، أو قِصاصًا ، أو طَلَّقَ زَوْجَتَه ، لَزِمَه ذلك . يَقْتَضِى قَبُولَ إقْرارِه ، وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالِكٍ ، والشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه أقَرَّ بما يُوجِبُ قِصاصًا ، فقُبِلَ ، كإقْرارِه بقَطْعِ اليَدِ ، ولأنَّه أحَدُ نَوْعَيِ القِصاصِ ، فقُبِلَ إقْرارُه به ، كالآخَرِ ، ولأنَّه لا يُقْبَلُ إقْرارُ سَيِّدِه عليه به ، فقُبِلَ إقْرارُه به ، كالحَدِّ . واحْتَجَّ أصْحابُنا ، بأنَّ مُقْتَضَى القِياسِ أن لا يُقْبَلَ إقْرارُه بالقِصاصِ أصْلًا ؛ لأنَّه إقْرارٌ على مالِ سَيِّدِهِ ، ولأنَّه مُتَّهَمٌ ، إذ يَحْتَمِلُ أن يكونَ عن مُواطأةٍ بينهما ، لِيَعْفُوَ على مالٍ ، فيَسْتَحِقَّ رَقَبَةَ العَبْدِ ، ولذلك لم تَحْمِلِ العاقِلَةُ اعْترافًا ، فتَرَكْنا مُوجِبَ القِياسِ ؛ لِخَبَرِ عَلِيٍّ رَضِىَ اللهُ عنه ، ففيما عَداه يَبْقَى على مُوجِبِ القِياسِ .
ويُفارِقُ القِصاصُ فى النَّفْسِ القِصاصَ فى الطَّرَفِ ؛ لأنَّه قد يَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ التَّخَلُّصَ من سَيِّدِهِ ، ولو بفَواتِ نَفْسِه . وكُلُّ مَوْضِعٍ حَكَمْنا بِقَبُولِ إقْرارِه بالقِصاصِ ، فحُكْمُه حُكْمُ الثَّابِتِ بالبَيِّنَةِ ، فلِوَلِيِّ الجِنايَةِ العَفْوُ ، والاسْتِيفاءُ ، والعَفْوُ على مالٍ ، فإنْ عَفَا ، تَعَلَّقَ الأرْشُ برَقَبَةِ العَبْدِ ، على ما مَرَّ بَيانُه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ العَفْوَ على مالٍ ؛ لِئَلَّا يَتَّخِذَ ذلك وَسِيلَةً إلى الإقْرارِ بمالٍ .

٧٧٠ ـ مسألة ؛ قال : (وَبَيْعُ الْكَلْبِ بَاطِلٌ ، وإنْ كانَ مُعَلَّمًا)

لا يَخْتَلِفُ المذهبُ فى أنَّ بَيْعَ الكَلْبِ باطِلٌ ، أىَّ كَلْبٍ كان . وبه قال الحَسَنُ ، ورَبِيعَةُ ، / وحَمَّادٌ ، والأوْزاعِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وداودُ . وكَرِه أبو هريرةَ ثَمَنَ الكَلْبِ . ورَخَّصَ فى ثَمَنِ كَلْبِ الصَّيْدِ خاصَّةً جابِرُ بنُ عبد اللهِ ، وعَطاءٌ ، ٣٨/٥ ظ

والنَّخَعِىُّ . وجَوَّزَ أبو حنيفةَ بَيْعَ الكِلابِ كلِّها ، وأَخْذَ ثَمَنِها ، وعنه رِوايةٌ فى الكَلْبِ العَقُورِ ، أنَّه لا يجوزُ بَيْعُه . واخْتَلَفَ أصحابُ مالِكٍ ، فمنهم مَن قال : لا يجوزُ . ومنهم من قال : الكَلْبُ المَأْذُونُ فى إمْساكِه ، يجوزُ بَيْعُه ، ويُكْرَه . واحْتَجَّ مَن أجازَ بَيْعَهُ بما رُوِىَ عن جابِرٍ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن ثَمَنِ الكَلْبِ والسِّنَّوْرِ ، إلَّا كَلْبَ الصَّيْدِ[1] . ولأنَّه يُباحُ الانْتِفاعُ به ، ويَصِحُّ نَقْلُ اليَدِ فيه ، والوَصِيَّةُ به ، فصَحَّ بَيْعُه ، كالحِمارِ . ولَنا ، ما رَوَى أبو مَسْعُودٍ الأنْصارِىُّ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ نَهَى عن ثَمَنِ الكَلْبِ ، ومَهْرِ البَغِىِّ ، وحُلْوَانِ الكَاهِنِ[2] . وعن رافِعِ بن خديجٍ ، قال ، قال رسولُ اللهِ ﷺ : « ثَمَنُ الكَلْبِ خَبِيثٌ ، ومَهْرُ البَغِىِّ خَبِيثٌ ، وكَسْبُ الحَجَّامِ خَبِيثٌ » . مُتَّفَقٌ عليهما[3] . ورُوِىَ عن ابنِ عَبَّاسٍ أنَّه قال : نَهَى رسولُ اللهِ ﷺ

---

(١) أخرجه النسائى ، فى : باب الرخصة فى ثمن كلب الصيد ، من كتاب الصيد ، وباب ما استثنى ، من كتاب البيوع . المجتبى ١٦٨/٧ ، ٢٧٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣١٧/٣ ، ٣٣٩ .

(٢) فى م زيادة : « متفق عليه » .

(٣) الأول أخرجه البخارى ، فى : باب ثمن الكلب ، من كتاب البيوع ، وباب كسب البغى والإماء ... ، وفى : باب مهر البغى والنكاح الفاسد ، من كتاب الطلاق ، من كتاب الإجارة ، وباب الكهانة ، من كتاب الطب ، وفى : باب من لعن المصور ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى ١١٠/٣ ، ١٢٢ ، ٧٩/٧ ، ١٧٦ ، ٢١٧ . ومسلم ، فى : باب تحريم ثمن الكلب ... ، من كتاب المساقاة ، صحيح مسلم ١١٩٩/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى أثمان الكلاب ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥٠/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية مهر البغى ، من أبواب النكاح ، وفى : باب ما جاء فى ثمن الكلب ، من أبواب البيوع . وباب ما جاء فى أجر الكاهن ، من أبواب الطب . عارضة الأحوذى ٦٧/٥ ، ٢٧٦ ، ٢٢٨/٨ ، ٢٢٩ . والنسائى ، فى : باب النهى عن ثمن الكلب ، من كتاب الصيد والذبائح . وباب بيع الكلب ، من كتاب البيوع . المجتبى ١٦٧/٧ ، ٢٧٢ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن ثمن الكلب ومهر البغى ... ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٠/٢ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن ثمن الكلب ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٥٥/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى ثمن الكلب ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٥٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١١٨/٤ - ١٢٠ .

والثانى لم يخرجه البخارى ، انظر تحفة الأشراف ١٤٢/٣ . وأخرجه مسلم ، فى : باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٩/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٣٨/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ثمن الكلب ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٦/٥ . والنسائى ، فى : باب النهى عن ثمن الكلب ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٦٧/٧ . والإمام أحمد ، فى المسند ٤٦٤/٣ ، ٤٦٥ .

عن ثَمَنِ الكَلْبِ ، فإن جاءَ يطْلُبُه فامْلَأُوا كَفَّهُ تُرَابًا . رواهُ أبو داودَ[٤] . ولأنَّه حَيوانٌ نُهِىَ عن اقْتِنائِه فى غيرِ حالِ الحاجَةِ إليه ، أشْبَهَ الخِنْزِيرَ ، أو حَيوانٌ نَجِسُ العَيْنِ ، أشْبَه الخِنْزِيرَ . فأمَّا حَدِيثُهُم ، فقال أحمدُ : هذا من الحَسَنِ بن أبى جَعْفَرٍ ، وهو ضَعِيفٌ . وقال الدَّارَقُطْنِىُّ : الصَّحِيحُ أنَّه مَوْقُوفٌ على جَابِرٍ . وقال التِّرمِذِىُّ : لا يَصِحُّ إسْنادُ هذا الحَدِيث . وقد رُوِىَ عن أبى هريرَةَ[٥] ، ولا يَصِحُّ أيضًا . ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ ، ولا كَلْبَ صَيْدٍ ، وقد جاءَتِ اللُّغَةُ بمِثْلِ ذلك ، قال الشاعر :

وكُلُّ أَخٍ مُفَارِقُهُ أَخُوهُ لَعَمْرُ أَبِيكَ إلَّا الفَرْقَدَانِ[٦]

أى والفَرْقَدانِ . ثم هذا الحَدِيثُ حُجَّةٌ على من أبَاحَ بَيْعَ غير كَلْبِ الصَّيْدِ .

فصل : ولا تجوزُ إجارَتُه . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ بعض أصْحابِ الشَّافِعِىِّ . وقال بعضُهم : يجوزُ ؛ لأنَّها مَنْفَعَةٌ مُباحَةٌ ، فجَازَتِ المُعاوَضَةُ عنها ، كنَفْعِ الحَمِيرِ . ولَنا ، أنَّه حَيَوانٌ مُحَرَّمٌ بَيْعُه ؛ لِخُبْثِه ، / فَحُرِّمَتْ إجارَتُه ، كالخِنْزِيرِ . ٣٩/٥ و وقِياسُهُم يَنْتَقِضُ بِضِرابِ الفَحْلِ ، فإنَّها مَنْفَعَةٌ مُباحَةٌ ، ولا يجوزُ إجارَتُها ، ولأنَّ إباحَةَ الانْتِفاعِ لم تُبِحْ بَيْعَه ، فكذلك إجارَتُه ، ولأنَّ مَنْفَعَتَه لا تُضْمَنُ فى الغَصْبِ ، فإنَّه لو غَصَبَه غاصِبٌ مُدَّةً ، لم يَلْزَمْه لذلك عِوَضٌ ، فلم يَجُزْ أخْذُ العِوَضِ عنها فى الإجارَةِ ، كَنَفْعِ الخِنْزِيرِ .

---

(٤) فى : باب فى أثمان الكلاب ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٠ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب جماع أبواب بيوع الكلاب وغيرها ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٦/٦ .

(٥) أخرجه الترمذى ، فى : باب أخبرنا أبو كريب ... ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٨١ . والبيهقى ، فى : باب جماع أبواب بيوع الكلاب وغيرها ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٦/٦ .

(٦) الفرقدان ، نجمان قريبان من القطب ، لا يفترقان

والبيت لعمرو بن معدى كرب أو حضرمى بن عامر ، ذكره سيبويه فى الكتاب ٢/٣٣٤ ، وابن يعيش فى شرح المفصل ٢/٨٩ ، والسيوطى فى شرح شواهد المغنى ٢١٦ .

فصل : وتَصِحُّ الوَصِيَّةُ بالكَلْبِ الذى يُباحُ اقْتِناؤُه ؛ لأنَّها نَقْلٌ لِلْيَدِ فيه مِن غيرِ عِوَضٍ . وتَصِحُّ هِبَتُه ؛ لذلك . وقال القاضِى : لا تَصِحُّ ؛ لأنَّها تَمْليكٌ فى الحَياةِ ، أشْبَهَتِ البَيْعَ . والأوَّلُ أصَحُّ . ويُفارِقُ البَيْعَ ؛ لأنَّه يُؤْخَذُ عِوَضُه ، وهو مُحَرَّمٌ . ولأصْحابِ الشَّافِعِىِّ وَجْهانِ ، كهذَيْنِ .

٧٧١ – مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ قَتَلَهُ وَهُوَ مُعَلَّمٌ ، فَقَدْ أسَاءَ ، ولَا غُرْمَ عَلَيْه**)

أمَّا قَتْلُ المُعَلَّمِ فحَرامٌ ، وفاعِلُه مُسِيءٌ ظالِمٌ ، وكذلك كلُّ كَلْبٍ مُباحٍ إمْساكُه ؛ لأنَّه مَحَلٌّ مُنْتَفَعٌ به يُباحُ اقْتِناؤُه ، فَحَرُمَ إتْلافُه ، كالشَّاةِ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا . ولا غُرْمَ على قاتِلِه . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال مالِكٌ وعَطاءٌ : عليه الغُرْمُ ؛ لما ذَكَرْنا فى تَحْريمِ إتْلافِه . ولَنا ، أنَّه مَحَلٌّ يَحْرُمُ أخْذُ عِوَضِه لِخُبْثِه ، فلم يَجِب غُرْمُه بإتْلافِه ، كالخِنْزِيرِ ، وإنَّما يَحْرُمُ إتْلافُه ؛ لما فيه من الإضْرارِ . وقد نَهَى النَّبِىُّ ﷺ عن الضَّرَرِ والإضْرارِ[1] .

فصل : فأمَّا قَتْلُ ما لا يُباحُ إمْساكُه ، فإنَّ الكَلْبَ الأسْوَدَ البَهِيمَ يُباحُ قَتْلُه ؛ لأنَّه شَيْطانٌ . قال عبدُ اللهِ بنُ الصَّامِتِ : سَأَلْتُ أبا ذَرٍّ فقلتُ : ما بالُ الأسْوَدِ من الأحْمَرِ من الأبْيَضِ ؟ فقال : سَأَلْتُ رسولَ اللهِ ﷺ كما سَأَلْتَنى ، فقال : « الكَلْبُ الأسْوَدُ شَيْطَانٌ » . رواهُ مُسْلِمٌ[2] ، وَرُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَوْلَا أنَّ الكِلَابَ أُمَّةٌ مِنَ الأُمَمِ لَأَمَرْتُ بِقَتْلِهَا ، فَاقْتُلُوا مِنْهَا كُلَّ أسْوَدَ بَهِيمٍ »[3] . ويُباحُ

---

(١) تقدم فى : ١٤٠/٤ .

(٢) تقدم تخريجه فى : ٩٨/٣ .

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى اتخاذ الكلب للصيد وغيره ، من كتاب الصيد . سنن أبى داود ٩٧/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى قتل الكلاب ، وباب ما جاء من أمسك كلبا ما ينقص من أجره ، من أبواب الصيد . عارضة الأحوذى ٢٨٣/٦ ، ٢٨٥ . والنسائى ، فى : باب صفة الكلاب التى أمر بقتلها ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٦٣/٧ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن اقتناء الكلب ... ، من كتاب الصيد . سنن ابن ماجه ١٠٦٩/٢ . والدارمى ، فى : باب فى قتل الكلاب ، من كتاب الصيد . سنن الدارمى ٩٠/٢ . والإمام أحمد ، فى المسند ٨٥/٤ ، ٥٤/٥ ، ٥٦ ، ٥٧ .

قَتْلُ الكَلْبِ العَقُورِ ؛ لما رَوَتْ عائشةُ رَضِىَ اللهُ عنها ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « خَمْسٌ مِنَ الدَّوَابِّ كُلُّهُنَّ فَاسِقٌ ، يُقْتَلْنَ فى الحِلِّ والحَرَمِ ؛ / الغُرَابُ ، والحِدَأَةُ ، والعَقْرَبُ ، والفَأْرَةُ ، والكَلْبُ العَقُورُ » . مُتَّفَقٌ عليه[4] ، ويُقْتَلُ كلُّ واحدٍ من هٰذَيْن ، وإن كان مُعَلَّمًا ؛ لِلْخَبَرَيْنِ . وعلى قِياسِ الكَلْبِ العَقُورِ ، كُلُّ ما آذَى النَّاسَ ، وضَرَّهُم فى أنْفُسِهِم ، وأمْوالِهِم ، يُباحُ قَتْلُه ؛ لأنَّه يُؤْذِى بلا نَفْعٍ ، أشْبَه الذِّئْبَ . وما لا مَضَرَّةَ فيه ، لا يُبَاحُ قَتْلُه ؛ لما ذَكَرْنا من الخَبَرِ . وَرُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه أمَرَ بِقَتْلِ الكِلَابِ ، حَتَّى إنَّ المَرْأةَ تَقْدَمُ من البَادِيَةِ بِكَلْبِها فَنَقْتُلُه ، ثُمَّ نَهَى عن قَتْلِها ، وقال : « عَلَيْكُمْ بالأَسْوَدِ البَهِيمِ ذِى النُّقْطَتَيْنِ[5] ، فإنَّه شَيْطَانٌ » . رواه مُسْلِمٌ[6] .

٣٩/٥ ظ

فصل : ولا يجوزُ اقْتِناءُ الكَلْبِ ، إلَّا كَلْبَ الصَّيْدِ ، أو كَلْبَ مَاشِيَةٍ ، أو حَرْثٍ ؛ لما رُوِىَ عن أبى هُرَيْرَةَ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَنِ اتَّخَذَ كَلْبًا إلَّا كَلْبَ صَيْدٍ أو مَاشِيَةٍ أو زَرْعٍ ، نَقَصَ من أَجْرِهِ كلَّ يَوْمٍ قِيرَاطٌ »[7] . وعن ابن عُمَرَ قال : سَمِعْتُ النَّبِىَّ ﷺ يقول : « مَنِ اقْتَنَى كَلْبًا إلَّا كَلْبَ صَيْدٍ أو مَاشِيَةٍ ، فإنَّه يَنْقُصُ من أَجْرِهِ كلَّ يَوْمٍ قِيرَاطَانِ » . قال سالِمٌ : وكان أبو هريرةَ يقول : أو كَلْبَ حَرْثٍ .

---

(٤) تقدم تخريجه فى : ١٧٦/٥ .

(٥) فى الأصل ، م : « الطفيتين » . والمثبت من صحيح مسلم وباقى مصادر تخريج الحديث . والمعروف من الحديث : « اقتلوا من الحيات ذات الطفيتين والأبتر » .

(٦) فى : باب الأمر بقتل الكلاب ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٠/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى اتخاذ الكلب للصيد وغيره ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٩٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٣٣/٣ .

(٧) أخرجه مسلم ، فى : باب الأمر بقتل الكلاب ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٣/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى اتخاذ الكلب للصيد وغيره ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٩٧/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء من أمسك كلبا ما ينقص من أجره ، من أبواب الصيد . عارضة الأحوذى ٢٨٥/٦ . والنسائى ، فى : باب الرخصة فى إمساك الكلب للحرث ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٦٦/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٦٧/٢ .

مُتَّفَقٌ عليه[8] . وإن اقْتَناه لِحِفْظِ البُيُوتِ ، لم يَجُزْ ؛ لِلْخَبَرِ . ويَحْتَمِلُ الإباحَةَ . وهو قولُ أصْحابِ الشَّافِعِىّ ؛ لأنَّه فى مَعْنَى الثَّلاثَةِ ، فيُقَاس عليها . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ قِياسَ غيرِ الثَّلاثَةِ عليها ، يُبِيحُ ما يَتَناوَلُ الخَبَرُ تَحْرِيمَه . قال القاضِى : وليس هو فى مَعْناها ، فقد يَحْتالُ اللِّصُّ لإخْراجِه بشىءٍ يُطْعِمُه إيَّاهُ ، ثم يَسْرِقُ المَتاعَ . وأمَّا الذِّئْبُ ، فلا يَحْتَمِلُ هذا فى حَقِّهِ ، ولأنَّ اقْتِناءَه فى البُيُوتِ يُؤْذِى المارَّةَ ، بخِلافِ الصَّحْراءِ .

فصل : فأمَّا تَرْبِيَةُ الجَرْوِ الصَّغِيرِ لأحَدِ الأُمُورِ الثَّلاثَةِ ، فيجوزُ فى أقْوَى الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه قَصَدَه لذلك ، فيَأْخُذُ حُكْمَه . كما يجوزُ بَيْعُ العَبْدِ الصَّغِيرِ ، والجَحْشِ الصَّغِيرِ ، الذى لا نَفْعَ فيه فى الحالِ ؛ لمآلِه إلى الانْتِفاعِ . ولأنَّه لو لم يَتَّخِذ الصَّغِيرَ ، ما أمكنَ جَعْلُ الكَلْبِ لِلصَّيْدِ ، إذ لا يَصِيرُ مُعَلَّمًا إلَّا بالتَّعْلِيمِ ، ولا يُمكنُ تَعْلِيمُه إلَّا بتَرْبِيَتِه ، واقْتِنائِه مُدَّةً يُعَلِّمُه فيها . قال اللهُ تعالى : ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِنَ / ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ ﴾[9] . ولا يُوجَدُ كَلْبٌ مُعَلَّمٌ بغير تَعْلِيمٍ . والوجه الثانى ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه ليس من الثَّلاثَةِ . ٤٠/٥ و

فصل : ومن اقْتَنَى كَلْبًا لِلصَّيْدِ ، ثم تَرَكَ الصَّيْدَ مُدَّةً ، وهو يُرِيدُ العَوْدَ إليه ،

---

(٨) أخرجه البخارى ، فى : باب من اقتنى كلبا ليس بكلب صيد أو ماشية ، من كتاب الذبائح . صحيح البخارى ١١٢/٧ . ومسلم ، فى : باب الأمر بقتل الكلاب ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠١/٣ - ١٢٠٣ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء من أمسك كلبا ما ينقص من أجره ، من أبواب الصيد . عارضة الأحوذى ٢٨٤/٦ . والنسائى ، فى : باب الرخصة فى إمساك الكلب للماشية ، وباب الرخصة فى إمساك الكلب للصيد ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٦٥/٧ ، ١٦٦ . والدارمى ، فى : باب فى اقتناء كلب الصيد أو الماشية ، من كتاب الصيد . سنن الدارمى ٩٠/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى أمر الكلاب ، من كتاب الاستئذان . الموطأ ٩٦٩/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٢ ، ٨ ، ٣٧ ، ٤٧ ، ٦٠ ، ١٠١ ، ١١٣ ، ١٥٦ .

(٩) سورة المائدة ٤ .

لم يَحْرُم اقْتِناؤُه فى مُدَّةِ تَرْكِه ؛ لأنَّ ذلك لا يُمكنُ التَّحرُّزُ منه . وكذلك لو حَصَدَ صاحِبُ الزَّرْعِ زَرْعَه ، أُبِيحَ له إمْساكُ الكَلْبِ ، إلى أن يَزْرَعَ زَرْعًا آخَرَ . ولو هَلَكَتْ ماشِيَتُه ، فأرادَ شِراءَ غيرِها ، فَلَه إمْساكُ كَلْبِها ؛ لِيَنْتَفِعَ به فى التى يَشْتَرِيها . فأمَّا إن اقْتَنَى كَلْبَ الصَّيْدِ مَن لا يَصِيدُ به ، احْتَمل الجَوازَ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ اسْتَثْنَى كَلْبَ الصَّيْدِ مُطْلَقًا . واحْتَمل المَنْعَ ؛ لأنَّه اقْتَناه لغير حاجَةٍ ، أشْبَه غيرَه من الكِلابِ . ومَعْنَى كَلْبِ الصَّيْدِ ، أى كَلْبٍ يَصِيدُ به . وهكذا الاحْتِمالَانِ فى مَن اقْتَنَى كَلْبًا ؛ لِيَحْفَظَ له حَرْثًا ، أو ماشِيَةً ، إن حَصَلَتْ ، أو يَصِيدَ به إن احتاجَ إلى الصَّيْدِ ، وليس له فى الحالِ حَرْثٌ ، ولا ماشِيَةٌ ، يَحْتَمِلُ[10] الجَوازَ ؛ لِقَصْدِه ذلك ، كما لو حَصَدَ الزَّرْعَ ، وأرادَ أن يَزْرَعَ غيرَه .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ الخِنْزِيرِ ، ولا المَيْتَةِ ، ولا الدَّمِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على القولِ به . وأجْمَعُوا على تَحْرِيمِ المَيْتَةِ والخَمْرِ ، وعلى أن بَيْعَ الخِنْزِيرِ ، وشِراءَه ، حَرامٌ ؛ وذلك لما رَوَى جابِرٌ ، قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ وهو بِمَكَّةَ يقول : « إنَّ اللهَ ورَسُولَهُ حَرَّمَا بَيْعَ الْخَمْرِ ، والمَيْتَةِ ، والخِنْزِيرِ ، والأَصْنَامِ » . مُتَّفَقٌ عليه[11] . ولا يَجُوزُ بَيْعُ ما لا مَنْفَعَةَ فيه ، كالحَشَراتِ كلِّها ، وسِباعِ البَهائِمِ التى لا تَصْلُحُ لِلاصْطِيادِ ، كالأسَدِ والذِّئْبِ ، وما لا يُؤْكَلُ ولا يُصادُ به مِن الطَّيْرِ ، كالرَّخَمِ ، والحِدَأَةِ ، والغُرابِ الأَبْقَعِ ، وغُرابِ البَيْنِ وبَيْضِها ، فكلُّ هذا لا يجوزُ بَيْعُه ؛ لأنَّه لا نَفْعَ فيه ، فأَخْذُ ثَمَنِه أَكْلُ مَالٍ بالبَاطِلِ .

فصل : ولا يَجُوزُ بَيْعُ السَّرْجِينِ[12] النَّجِسِ . وبهذا قال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يجوزُ ؛ لأنَّ أهْلَ الأمْصارِ / يَتَبايَعُونَه لِزُرُوعِهِم من غير نَكِيرٍ ، فكان إجْماعًا . ولَنا ، أنَّه مُجْمَعٌ على نَجاسَتِه ؛ فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كالمَيْتَةِ . وما ذَكَرُوه فليس بإجْماعٍ ، فإنَّ الإجْماعَ اتِّفاقُ أهْلِ العِلْمِ ، ولم يُوجَدْ ، ولأنَّه رَجِيعٌ نَجِسٌ ، 　٥/٤٠ ظ

(١٠) فى الأصل : « يحصل » .

(١١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٢٠ .

(١٢) السرجين : الزِّبْل .

فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كَرَجِيعِ الآدَمِيِّ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ الحُرِّ ، ولا ما ليس بِمَمْلُوكٍ ، كالمُباحاتِ قبلَ حِيازَتِها وَمِلْكِها . ولا نَعْلَمُ فى ذلك خِلافًا ؛ فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « قَالَ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ : ثَلاثَةٌ أنا خَصْمُهُمْ يَوْمَ القِيامَةِ ؛ رَجُلٌ أعْطَى بِى ثُمَّ غَدَرَ ، ورَجُلٌ بَاعَ حُرًّا ، فأكَلَ ثَمَنَهُ ، ورَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أجِيرًا ، فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوَفِّهِ أجْرَهُ » . رواه البُخارِىُّ [13] .

٧٧٢ - مسألة ؛ قال : (وبَيْعُ الفَهْدِ ، والصَّقْرِ المُعَلَّمِ ، جَائِزٌ ، وكَذَلِكَ بَيْعُ الهِرِّ ، وكلِّ مَا فِيهِ المَنْفَعَةُ)

وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ كلَّ مَمْلُوكٍ أُبِيحَ الانْتِفاعُ به ، يجوزُ بَيْعُه ، إلَّا ما اسْتَثْناه الشَّرْعُ ، مِن الكَلْبِ ، وأُمِّ الوَلَدِ ، والوَقْفِ . وفى المُدَبَّرِ ، والمُكاتَبِ ، والزَّيْتِ النَّجِسِ اخْتِلافٌ ، نَذْكُرُه فى مَوْضِعِه ، إن شاءَ اللهُ تعالَى ؛ لأنَّ المِلْكَ سَبَبٌ[1] لإِطْلاقِ التَّصَرُّفِ ، والمَنْفَعَةُ المُباحَةُ يُباحُ له اسْتِيفاؤُها ، فجَازَ له أخْذُ عِوَضِها ، وأُبِيحَ لغيرِه بَذْلُ مالِه فيها ، تَوَصُّلًا إليها ، ودَفْعًا لِحاجَتِه بها ، كسائِرِ مَا أُبِيحَ بَيْعُه ، وسواءٌ فى هذا ما كان طاهِرًا ، كالثِّيابِ ، والعَقارِ ، وبَهِيمَةِ الأنْعامِ ، والخَيْلِ ، والصَّيُودِ[2] ، أو مُخْتَلَفًا فى نَجاسَتِه ، كالبَغْلِ ، والحِمارِ ، وسِباعِ البَهائِمِ ، وجَوارِحِ الطَّيْرِ ، التى تَصْلُحُ لِلصَّيْدِ ، كالفَهْدِ ، والصَّقْرِ ، والبازِى ، والشَّاهِين ، والعُقابِ ، والطَّيْرِ المَقْصُودِ صَوْتُه ، كالهَزارِ ، والبُلْبُلِ ، والبَبْغاءِ ، وأشْباهِ ذلك ، فكلُّه يجوزُ بَيْعُه . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو بكرٍ عبدُ العَزِيزِ ، وابن أبى موسَى :

---

(١٣) فى : باب إثم من باع حرا ، من كتاب البيوع ، وفى : باب إثم من منع أجر الأجير ، من كتاب الإجارة . صحيح البخارى ١٠٨/٣ ، ١١٨ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب أجر الأجراء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٥٨/٢ .

(١) سقط من : م .

(٢) الماهر فى الصيد . يقال : كلب صيود ، وصقر صيود .

لا يجوزُ بَيْعُ الفَهْدِ ، والصَّقْرِ ، ونحوِهما ؛ لأنَّها نَجِسَةٌ ، فَلَم يَجُزْ بَيْعُها ، كالكَلْبِ .
ولَنا ، أنَّه حَيَوانٌ أُبِيحَ اقْتِناؤُه ، وفيه نَفْعٌ مُباحٌ ، من غيرِ وَعِيدٍ فى حَبْسِه ، فأُبِيحَ
بَيْعُه[3] كالبَغْلِ ، وما ذَكَراه يَبْطُلُ بالبَغْلِ / ، والحِمارِ ، فإنَّه لا خِلافَ فى إباحَةِ ٤١/٥ و
بَيْعِها ، وحُكْمُها حُكْمُ سِباعِ البَهائِمِ فى الطَّهارَةِ ، والنَّجاسَةِ ، وإباحَةِ الاقْتِناءِ ،
والانْتِفاعِ . وأمَّا الكَلْبُ فإنَّ الشَّرْعَ تَوَعَّدَ على اقْتِنائِه وحَرَّمَه ، إلَّا فى حالِ الحاجَةِ ،
فصارَتْ إباحَتُه ثابِتَةً ، بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ ، بخِلافِ غيرِه ، ولأنَّ الأَصْلَ الإباحَةُ ؛
بِدَلِيلِ قولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾[4] . ولما ذَكَرْنا من المَعْنَى خَرَجَ منه
ما اسْتَثْناه الشَّرْعُ ؛ لِمَعانٍ غيرِ مَوْجُودَةٍ فى هذا ، فبَقِىَ على أصْلِ الإباحَةِ . وأمَّا الهِرُّ ،
فقال الخِرَقِىُّ : يجوزُ بَيْعُها . وبه قال ابنُ عَبّاسٍ ، والحسنُ ، وابنُ سِيرِينَ ،
والحَكَمُ ، وحَمَّادٌ ، والثَّوْرِىُّ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسْحاقُ ، وأصْحابُ
الرَّأْىِ . وعن أحمدَ أنَّه كَرِهَ ثَمَنَها . ورُوِىَ ذلك عن أبى هريرةَ ، وطاوُسٍ ،
ومُجاهِدٍ ، وجابِرِ بن زَيْدٍ . واخْتارَه أبو بكرٍ ؛ لما رَوَى مُسْلِمٌ[5] عن جابِرٍ ، أنَّه
سُئِلَ عَنْ ثَمَنِ السِّنَّوْرِ ، فقال : زَجَرَ النَّبِىُّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ . وفى لَفْظٍ رواهُ أبو داودَ
عن جابِرٍ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ السِّنَّوْرِ . قال التِّرمِذِىُّ : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ ،
وفى إسْنادِه اضْطِرابٌ . ولَنا ، ما ذَكَرْنا فيما يُصادُ به مِن السِّباعِ ، ويُحْمَلُ الحَدِيثُ
على غيرِ المَمْلُوكِ منها ، أو ما لا نَفْعَ فيه منها ؛ بِدَلِيلِ ما ذَكَرْنا ، ولأنَّ البَيْعَ شُرِعَ
طَرِيقًا لِلتَّوَصُّلِ إلى قَضاءِ الحاجَةِ ، واسْتِيفاءِ المَنْفَعَةِ المُباحَةِ ؛ لِيَصِلَ كُلُّ واحِدٍ إلى
الانْتِفاعِ بما فى يَدِ صاحِبِه ، ممَّا يُباحُ الانْتِفاعُ به ، فيَنْبَغِى أن يُشْرَعَ ذلك فيه ؛ لِيَصِلَ

---

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٥) فى : باب تحريم ثمن الكلب ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٩/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى ثمن السنور ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية ثمن الكلب والسنور ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٩/٥ ، ٢٨٠ .

كلُّ واحِدٍ إلى الانْتِفَاعِ بما فى يَدِ صاحِبِه ، فما[6] يُباحُ الانْتِفاعُ به ، يَنْبَغِي أن يَجُوز بَيْعُه .

فصل : فإن كان الفَهْدُ والصَّقْرُ ونحوُهما ، ممَّا ليس بِمُعَلَّمٍ ، ولا يَقْبَلُ التَّعْلِيمَ ، لم يَجُزْ بَيْعُه ؛ لِعَدَمِ النَّفْعِ به . وإن كان ممَّا يُمكنُ تَعْلِيمُه ، جازَ بَيْعُه ؛ لأنَّ مآلَه إلى الانْتِفاعِ ، فأشْبَه الجَحْشَ الصَّغِيرَ .

فصل : فأمَّا ما يُصادُ عليه ، كالبُومَةِ التى يَجْعَلُها شُبَاشًا[7] ، لتَجْمَعَ الطَّيْرَ إليها ، فَيَصِيدُه الصَّيَّادُ ، فيَحْتَمِلُ جَوازُ بَيْعِها ، لِلنَّفْعِ الحاصِلِ منها ، ويَحْتَمِلُ المَنْعُ ؛ لأنَّ ذلك / مَكْرُوهٌ ؛ لما فيه من تَعْذِيبِ الحَيوانِ . وكذلك اللَّقْلَقُ[8] ونحوُه . ٤١/٥ ظ .

فصل : فأمَّا بَيْضُ ما لا يُؤْكَلُ لَحْمُه من الطَّيْرِ ، فإن كان ممَّا لا نَفْعَ فيه ، لم يَجُزْ بَيْعُه ، طاهِرًا كان أو نَجِسًا . وإن كان يُنْتَفَعُ به ، بأن يَصِيرَ فَرْخًا ، وكان طاهِرًا ، جازَ بَيْعُه ؛ لأنَّه طاهِرٌ مُنْتَفَعٌ به ؛ أشْبَه أصْلَه ، وإن كان نَجِسًا ، كبَيْضِ البازِى ، والصَّقْرِ ، ونحوِه ، فحُكْمُه حُكْمُ فَرْخِه . وقال القاضى : لا يجوزُ بَيْعُه ؛ لأنَّه نَجِسٌ[9] ، لا يُنْتَفَعُ به فى الحالِ . وهذا مُلْغًى بِفَرْخِه ، وبِالجَحْشِ الصَّغِيرِ .

فصل : قال أحمدُ : أكْرَهُ بَيْعَ القِرْدِ . قال ابنُ عَقِيلٍ : هذا مَحْمُولٌ على بَيْعِه للإِطَافَةِ به ، واللَّعِبِ . فأمَّا بَيْعُه لِمَن يَنْتَفِعُ به ، كَحِفْظِ المَتاعِ والدُّكَّانِ ونحوِه ، فيجوزُ ؛ لأنَّه كالصَّقْرِ والبازِى . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وقِياسُ قولِ أبى بكرٍ وابن أبى موسَى المَنْعُ من بَيْعِه مُطْلَقًا .

---

(٦) فى الأصل : « بما » .

(٧) فى ب : « شباكًا » . قال الخفاجى فى : شفاء الغليل ١٣٩ : « شباش : هو أن يوضع الطائر فى الشرك ليُصادَ به طائر آخر ، قاله الباخرزى فى الدمية ، ولم يبين أصله ولغته بأكثر من هذا » .

(٨) اللقلق : طائر من الطيور القواطع ، كبير ، طويل الساقين والعنق والمنقار ، أحمر الساقين والرجلين والمنقار .

(٩) سقط من : الأصل .

فصل : وفى بَيْعِ العَلَقِ[١٠] التى يُنْتَفَعُ بها ، مثل التى تُعَلَّقُ على وَجْهِ صاحِبِ الكَلَفِ[١١] ، فتَمُصُّ الدَّمَ ، والدِّيدان التى تُتْرَكُ فى الشَّصِّ ، فَيُصادُ بها السَّمَكُ ، وَجْهانِ ؛ أصَحُّهُما جَوازُ بَيْعِها ؛ لِحُصُولِ نَفْعِها ، فهى كالسَّمَكِ . والثانى ، لا يجوزُ ؛ لأنَّها لا يُنْتَفَعُ بها ، إلَّا نادِرًا ، فأشْبَهَتْ ما لا نَفْعَ فيه .

فصل : ويجُوزُ بَيْعُ دُودِ القَزِّ ، وبَزْرِهِ[١٢] . وقال أبو حنيفةَ ، فى رِوايةٍ عنه : إن كان مع دُودِ القَزِّ قَزٌّ ، جازَ بَيْعُه ، وإلَّا فلا ؛ لأنَّه لا يُنْتَفَعُ بِعَيْنِه ، فهو كالحَشَراتِ . وقيل : لا يجوزُ بَيْعُ بَزْرِهِ . ولَنا ، أنَّ الدُّودَ حَيَوانٌ طاهِرٌ يجوزُ اقْتِناؤُه ؛ لِتَمَلُّكِ ما يَخْرُجُ منه ، أشْبَهَ البَهائِمَ ، ولأنَّ الدُّودَ وبَزْرَه طاهِرٌ ، مُنْتَفَعٌ به ، فجازَ بَيْعُه ، كالثَّوْبِ . وقولُه : لا يُنْتَفَعُ بِعَيْنِه . يَبْطُلُ بالبَهائِمِ التى لا يَحْصُلُ منها نَفْعٌ ، سِوَى النِّتاجِ ، ويُفارِقُ الحَشَراتِ ، التى لا نَفْعَ فيها أصْلًا ، فإنَّ نَفْعَ هذه كَثِيرٌ ؛ لأنَّ الحَرِيرَ الذى هو أشْرَفُ مَلابِسِ الدُّنْيا ، إنَّما يَحْصُلُ منها .

فصل : ويجوزُ بَيْعُ النَّحْلِ إذا شاهَدَها مَحْبُوسَةً ، بحيث لا يُمْكِنُها أن تَمْتَنِعَ . وقال أبو حنيفةَ : لا يجوزُ بَيْعُها مُنْفَرِدَةً ؛ لما ذَكَرَ فى دُودِ القَزِّ . ولَنا ، / أنَّه حَيَوانٌ طاهِرٌ ، يَخْرُجُ من بُطُونِها شَرابٌ فيه مَنافِعُ للنَّاسِ ، فجَازَ بَيْعُه ، كبَهِيمَةِ الأَنْعامِ . واخْتَلَفَ أصْحابُنا فى بَيْعِها فى كِوارَاتِها ، فقال القاضِى : لا يجوزُ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ مُشاهَدَةُ جَمِيعِها ، ولأنَّها لا تَخْلُو من عَسَلٍ يكون مَبِيعًا معها ، وهو مَجْهُولٌ . وقال أبو الخَطَّابِ : يجُوزُ بَيْعُها فى كِوارَاتِها ، ومُنْفَرِدَةً عنها ، فإنَّه يُمكنُ مُشاهَدَتُها فى كِوارَاتِها إذا فُتِحَ رَأْسُها ، ويُعْرَفُ كَثْرَتُه من قِلَّتِه ، وخَفاءُ بعضِه لا يَمْنَعُ صِحَّةَ

٤٢/٥ و

---

(١٠) العلق : دويدة حمراء تكون فى الماء ، تعلق بالبدن .

(١١) الكلف : لون يعلو الجلد ، فيغير بشرته .

(١٢) سقط من : الأصل .

قال فى المصباح : وقولهم لبعض الدود بزر القز مجاز على التشبيه ببزر البقل لأنه ينبت كالبقل . المصباح المنير (ب ز ر) .

بَيْعِه ، كالصُّبْرَةِ ، وكما لو كان فى وِعاءٍ ، فإنَّ بعضَه يكونُ على بَعْضٍ ، فلا يُشاهَدُ إلَّا ظاهِرُه ، والعَسَلُ يَدْخُلُ فى البَيْعِ تَبَعًا ، فلا يَضُرُّ جَهالَتُه ، كأساساتِ الحِيطانِ . فإنْ لم يُمكن مُشاهَدَةُ النَّحْلِ ؛ لكَوْنِه مَسْتُورًا بأقْراصِه ، ولم يُعْرَفْ ، لم يَجُزْ بَيْعُه لِجَهالَتِه .

فصل : ذَكَرَ الخِرَقِىُّ ، أنَّ التِّرْياقَ لا يُؤْكَلُ ؛ لأنَّه يَقَعُ فيه لُحُومُ الحَيَّاتِ ، فعَلى هذا ، لا يجوزُ بَيْعُه ؛ لأنَّ نَفْعَهُ إنَّما يَحْصُلُ بالأَكْلِ ، وهو مُحَرَّمٌ ، فخَلَا من نَفْعٍ مُباحٍ ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كالمَيْتَةِ ، ولا يجوزُ التَّداوِى به ، ولا بِسُمِّ الأفاعِى . فأمَّا السُّمُّ مِن الحَشائِشِ والنَّباتِ ، فإن كان لا يُنْتَفَعُ به ، أو كان يَقْتُلُ قَلِيلُه ، لم يَجُزْ بَيْعُه ؛ لِعَدَمِ نَفْعِه ، وإن انْتُفِعَ به ، وأمْكَنَ التَّداوِى بِيَسِيرِه ، كالسَّقَمُونْيا ، جازَ بَيْعُه ؛ لأنَّه طاهِرٌ مُنْتَفَعٌ به ، فأشْبَه بَقِيَّةَ المَأْكُولاتِ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ جِلْدِ المَيْتَةِ ، قبلَ الدَّبْغِ ، قولًا واحِدًا ، قاله ابنُ أبى موسى . وفى بَيْعِه بعدَ الدَّبْغِ عنه خِلافٌ . وقد رَوَى حَرْبٌ عن أحمدَ ، أنَّه قال : إنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ[13] . وأمَّا غيرُ ذلك ، نحوُ رِيشِ الطَّيْرِ التى لها مِخْلَبٌ ، أو بعضِ جُلُودِ السِّباعِ التى لها أنْيابٌ ، فإنَّ بَيْعَها أسْهَلُ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ إنَّما نَهَى عن أكْلِ لُحُومِها . والصَّحِيحُ عنه ، أنَّه لا يجوزُ . وهذا يَنْبَنِى على الحُكْمِ بِنَجاسَةِ جُلُودِ المَيْتَةِ ، وأنَّها لا تَطْهُرُ بالدِّباغِ ، وقد ذَكَرْنا ذلك فى بابِه .

فصل : فأمَّا بَيْعُ لَبَنِ الآدَمِيَّاتِ ، فقال أحمدُ : أكْرَهُه . واخْتَلَفَ أصْحابُنا فى جَوازِه . فظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ جَوازُه ؛ لقوله : « وَكُلُّ مَا فِيهِ المَنْفَعَةُ » . وهذا قولُ ابنِ حامِدٍ ، /ومذهبُ الشّافِعِىِّ . وذَهَبَ جَماعَةٌ من أصْحابِنا إلى تَحْرِيمِ بَيْعِه ، وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ومالِكٍ ؛ لأنَّه مائِعٌ خارِجٌ من آدَمِيَّةٍ ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، ٥/٤٢ ظ

(١٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٥٣ .

كالعَرَقِ ، ولأنَّه من آدَمِيٍّ ، فأشْبَهَ سائِرَ أَجْزائِه . والأوَّلُ أَصَحُّ ؛ لأنَّه لَبَنٌ طاهِرٌ مُنْتَفَعٌ به ، فجازَ بَيْعُه ، كلَبَنِ الشَّاةِ ، ولأنَّه يجوزُ أَخْذُ العِوَضِ عنه فى إجارَةِ الظِّئْرِ ، فأشْبَه المَنافِعَ ، ويُفارِقُ العَرَقَ ، فإنَّه لا نَفْعَ فيه ، ولذلك لا يُباعُ عَرَقُ الشَّاةِ ، ويُباعُ لَبَنُها . وسائِرُ أَجْزاءِ الآدَمِيِّ يجوزُ بَيْعُها ، فإنَّه يجُوزُ بَيْعُ العَبْدِ ، والأَمَةِ ، وإنَّما حُرِّمَ بَيْعُ الحُرِّ ؛ لأنَّه لَيْسَ بمَمْلُوكٍ ، وحُرِّمَ بَيْعُ العُضْوِ المَقْطُوعِ ؛ لأنَّه لا نَفْعَ فيه .

فصل : واخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ فى بَيْعِ رِباعِ مَكَّةَ ، وإجارَةِ دُورِها ، فَرُوِىَ أنَّ ذَلك غيرُ جائِزٍ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالِكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ . وكَرِهَه إسْحاقُ ؛ لما رَوَى عَمْرُو بنُ شُعَيْبٍ ، عن أبِيهِ ، عن جَدِّهِ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ فى مَكَّةَ : « لَا تُبَاعُ رِبَاعُهَا ، وَلَا تُكْرَى بُيُوتُهَا » . رواه الأَثْرَمُ بإسْنادِهِ[14] . وعن مُجاهِدٍ ، عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَكَّةُ حَرَامٌ بَيْعُ رِبَاعِهَا ، حَرَامٌ إجَارَتُها » . وهذا نَصٌّ رواه سَعِيدُ بنُ مَنْصُورٍ ، فى « سُنَنِهِ »[14] . وروى أنَّها كانت تُدْعَى[15] السَّوائِبَ ، على عَهْدِ رسولِ اللهِ ﷺ . ذَكَرَه مُسَدَّدٌ فى « مُسْنَدِه »[16] ، ولأنَّها فُتِحَتْ عَنْوَةً ، ولم تُقَسَّمْ ، فكانت مَوْقُوفَةً ، فلم يَجُزْ بَيْعُها ، كسائِرِ الأرْضِ التى فَتَحَها المسلمون عَنْوَةً ، ولم يُقَسِّموها ، والدَّلِيلُ على أنَّها فُتِحَتْ عَنْوَةً ، قولُ رسُولِ اللهِ ﷺ : « إنَّ اللهَ حَبَسَ عَنْ مَكَّةَ الفِيلَ ، وسَلَّطَ عَلَيْها رَسُولَه والمُؤْمِنِينَ ، وَإنَّها لَمْ تَحِلَّ لأَحَدٍ قَبْلِى ، ولا تَحِلُّ لأَحَدٍ بَعْدِى ، وإنَّما أُحِلَّتْ لِى سَاعَةً من نَهَارٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[17] . ورَوَتْ أُمُّ هَانِىءٍ

(14) وأخرجهما الحاكم ، فى : باب مكة مناخ لا تباع رباعها ولا تواجر بيوتها ، من كتاب البيوع . المستدرك ٥٣/٢ . والهيثمى ، فى : باب إجارة بيوت مكة ، من كتاب الحج . مجمع الزوائد ٢٩٧/٣ .

(15) أى رباع مكة .

(16) وأخرجه ابن ماجه ، فى : باب أجر بيوت مكة ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ١٠٣٧/٢ .

(17) أخرجه البخارى ، فى : باب كتابة العلم ، من كتاب العلم ، وفى : باب كيف تعرف لقطة مكة ، من كتاب اللقطة . صحيح البخارى ٣٨/١ ، ١٦٤/٣ ، ١٦٥ . ومسلم ، فى : باب تحريم مكة وصيدها ... ، =

أنَّها[١٨] قالت : أَجَرْتُ حَمَوَيْنِ لِى ، فأرَادَ علىٌّ أخِى قَتْلَهما ، فأتَيْتُ رسولَ اللهِ ﷺ فقلتُ : يا رسولَ اللهِ إنِّى أجَرْتُ حَمَوَيْنِ لِى ، فزَعَمَ ابنُ أُمِّى علىٌّ أنَّه قاتِلُهما . فقال النَّبِىُّ ﷺ : « قَدْ أَجَرْنَا مَنْ أَجَرْتِ » ، أو « أَمَّنَّا مَنْ أَمَّنْتِ يا أُمَّ / هَانِئٍ » ، مُتَّفَقٌ عليه[١٩] ، ولذلك أمَرَ النَّبِىُّ ﷺ : بِقَتْلِ أرْبَعَةٍ ، فَقُتِلَ منهم ابنُ خَطَلٍ ، ومِقْيَسُ بنُ صُبَابَةَ ، وهذا يَدُلُّ على أنَّها فُتِحَتْ عَنْوَةً . والرِّواية الثانية ، أنَّه يجوزُ بَيْعُ رِباعِهَا ، وإجارَةُ بُيُوتِهَا[٢٠] . وَرُوِىَ ذلك عن طاوُسٍ ، وعَمْرِو بن دِينارٍ . وهذا قولُ الشَّافِعِىِّ وابنِ المُنْذِرِ . وهو أظْهَرُ فى الحُجَّةِ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ لمَّا قِيلَ له : أيْنَ نَنْزِلُ غدًا ؟ قال : « وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ رِبَاعٍ ؟ » مُتَّفَقٌ عليه[٢١] . يعنى أنَّ عَقِيلًا باعَ رِباعَ أبى طالِبٍ ؛ لأنَّه وَرِثَه دونَ إخْوَتِه ؛ لِكَوْنِه كان علَى دِينِه دونَهما ، فلو كانت غيرَ مَمْلُوكَةٍ ، لَمَا أثَّرَ بَيْعُ عَقِيلٍ شَيْئًا ، ولأنَّ أصْحابَ النَّبِىِّ كانتْ لهم دُورٌ بمَكَّةَ ؛ لأبى بكرٍ ، والزُّبَيْرِ ، وحَكِيمِ بن حِزامٍ ،

٤٣/٥ و

= من كتاب الحج . صحيح مسلم ٩٨٨/٢ ، ٩٨٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب تحريم حرم مكة ، من كتاب المناسك . سنن أبى داود ٤٦٥/١ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن لقطة الحاج ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦٥/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٣٨/٢ .

(١٨) سقط من : م .

(١٩) أخرجه البخارى ، فى : باب الصلاة فى الثوب الواحد ... ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب أمان النساء وجوارهن ، من كتاب الجزية ، وفى : باب ما جاء فى زعموا ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ١٠٠/١ ، ١٢٢/٤ ، ٤٦/٨ . ومسلم ، فى : باب استحباب صلاة الضحى ... ، من كتاب صلاة المسافرين . صحيح مسلم ٤٩٨/١ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى أمان العبد والمرأة ، من أبواب السير . عارضة الأحوذى ٧٥/٧ .

(٢٠) فى الأصل : « منازلها » .

(٢١) أخرجه البخارى ، فى : باب توريث دور مكة وبيعها ... ، من كتاب الحج . صحيح البخارى ١٨١/٢ . ومسلم ، فى : باب النزول بمكة للحاج ... ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٩٨٤/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب التحصيب ، من كتاب الحج . سنن أبى داود ٤٦٣/١ . وابن ماجه ، فى : باب ميراث أهل الإسلام ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٩١٢/٢ .

وأبى سُفْيانَ ، وسائِرِ أهْلِ مَكَّةَ ، فمنهم مَن باعَ ، ومنهم مَنْ تَرَكَ دارَه ، فَهِىَ فى يَدِ أعْقابِهم . وقد باعَ حَكِيمُ بن حِزامٍ دارَ النَّدْوَةِ ، فقال له[22] ابنُ الزُّبَيْرِ : بِعْتَ مَكْرَمَةَ قُرَيْشٍ . فقال : يا ابنَ أخِى ، ذَهَبَتِ المَكارِمُ إلَّا التَّقْوَى . أو كما قال . واشْتَرَى مُعاوِيَةُ منه[23] دارَيْنِ . واشْتَرَى عُمَرُ دارَ السِّجْنِ مِنْ صَفْوانَ بنِ أُمَيَّةَ ، بأرْبَعَةِ آلافٍ . ولم يَزَلْ أهْلُ مَكَّةَ يَتَصَرَّفُونَ فى دُورِهِم تَصَرُّفَ المُلَّاكِ ، بالبَيْعِ وغيرِه ، ولم يُنْكِرْهُ مُنْكِرٌ ، فكان إجْماعًا ، وقد قَرَّرَه النَّبِىُّ ﷺ بِنِسْبَةِ دُورِهِم إليهم ، فقال : « مَنْ دَخَلَ[24] دَارَ أَبِى سُفْيَانَ فهو آمِنٌ ، ومَنْ أغْلَقَ عليه بابَه فهو آمِنٌ »[25] . وأقَرَّهُمْ فى دُورِهِمْ ورِباعِهِمْ ، ولم يَنْقُلْ أحَدًا عن دارِه ، ولا وُجِدَ منه ما يَدُلُّ على زَوالِ أمْلاكِهِم ، وكذلك مَنْ بعدَه مِن الخُلَفاءِ ، حتى إنَّ عمرَ رَضِىَ اللهُ عنه ، مع شِدَّتِهِ فى الحَقِّ ، لمَّا احْتاجَ إلى دارٍ للسِّجْنِ[26] ، لم يَأْخُذْها إلَّا بالبَيْعِ . ولأنَّها أرْضٌ حَيَّةٌ لم يَرِدْ عليها صدقةٌ مُحَرِّمةٌ ؛ فجازَ بَيْعُها كسائِرِ الأرْضِ ، وما رُوِىَ من الأحادِيثِ فى خِلافِ هذا ، فهو ضَعِيفٌ . وأمَّا كَوْنُها فُتِحَتْ عَنْوَةً ، فهو الصَّحِيحُ ، الذى لا يُمكنُ دَفْعُه ، إلَّا أنَّ النبىَّ ﷺ أقَرَّ أهْلَهَا فيها على أمْلاكِهِمْ ورِباعِهِمْ ، فيَدُلُّ ذلك على أنَّه تَرَكَها لهم ، كما تَرَكَ لِهوازِنَ نِساءَهم وأبْناءَهم . وعلى القولِ الأوَّلِ ، مَنْ كان ساكنَ دارٍ أو مَنْزِلٍ فهو أحَقُّ به ، / يَسْكُنُه ويُسْكِنُه ، وليس لَه بَيْعُه ، ولا أخْذُ أُجْرَتِه ، ومَنْ احْتاجَ إلى مَسْكَنٍ ، فَلَه بَذْلُ الأُجْرَةِ فيه ، وإن احْتاجَ إلى الشِّراءِ فله ذلك ، كما فَعَلَ عمر رَضِىَ اللهُ عنه . وكان أبو عبدِ اللهِ إذا سَكَنَ أعْطَاهم أُجْرَتَها . فإن سَكَنَ بأُجْرَةٍ

٤٣/٥ ظ

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) فى الأصل ، م : « داخل » . والتصويب من مصادر تخريج الحديث .

(٢٥) أخرجه مسلم ، فى : باب فتح مكة ، من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ١٤٠٨/٣ . وأبو داود ، فى : باب ما جاء فى خبر مكة ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ١٤٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٩٢/٢ ، ٥٣٨ .

(٢٦) فى م : « السجن » .

فأَمْكَنَهُ أن لا يَدْفَعَ إليهم الأُجْرَةَ ، جازَ له ذلك ؛ لأنَّهم لا يَسْتَحِقُّونها ، وقد رُوِىَ أنَّ سُفْيَانَ سَكَنَ فى بعضِ رِباعِ مَكَّةَ ، وهَرَبَ ، ولم يُعْطِهِم أُجْرَةً ، فأَدْرَكُوه ، فأَخَذُوها منه . وذُكِرَ لأحمدَ فِعْلُ سُفْيَانَ ، فتَبَسَّمَ ، فظاهِرُ هذا ، أنَّه أَعْجَبَه . قال ابن عَقِيلٍ : والخِلافُ فى غيرِ[27] مَواضِعِ المَناسِكِ ، أمَّا بِقاعُ المَناسِكِ كمَوْضِعِ السَّعْىِ والرَّمْىِ ، فحُكْمُه حُكْمُ المساجِدِ ، بغيرِ خِلافٍ .

فصل : ومَن بَنَى بِناءً بمَكَّةَ ، بآلَةٍ مَجْلُوبَةٍ مِنْ غيرِ أَرْضِ مَكَّةَ ، جازَ بَيْعُها ، كما يجوزُ بَيْعُ أَبْنِيَةِ الوُقُوفِ وأَنْقاضِها . وإن كانت مِنْ تُرابِ الحَرَمِ وحِجارَتِه ، انْبَنَى جَوازُ بَيْعِها على الرِّوَايَتَيْنِ فى بَيْعِ رِباعِ مَكَّةَ ؛ لأنَّها تابِعَةٌ لِمَكَّةَ ، وهٰكذا تُرابُ كلِّ وَقْفٍ وأَنْقاضُه . قال أحمدُ : أمَّا البِناءُ بمَكَّةَ فإنِّى أَكْرَهُه . قال إسْحاقُ : البِناءُ بمَكَّةَ عَلَى وَجْهِ الاسْتِخْلاصِ لِنَفْسِه ، لا يَحِلُّ . وقد رُوِىَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قيل له : أَلَا تَبْنِى لك بِمِنًى بَيْتًا ؟ قال : « مِنًى مُنَاخُ مَنْ[28] سَبَقَ »[29] .

فصل : قال أحمدُ : لا أَعْلَمُ فى بَيْعِ المَصاحِفِ رُخْصَةً . ورَخَّصَ فى شِرائِها . وقال : الشِّرَاءُ أَهْوَنُ . وكَرِهَ بَيْعَها ابنُ عُمَرَ ، وابنُ عَبَّاسٍ ، وأبو موسى ، وسَعِيدُ ابن جُبَيْرٍ ، وإسْحاقُ . وقال ابن عمرَ : وَدِدْتُ أنَّ الأَيْدِى تُقْطَعُ فى بَيْعِها . وقال أبو الخَطَّابِ : يجوزُ بَيْعُ المُصْحَفِ ، مع الكَراهَةِ . وهل يُكْرَهُ شِراؤُه وإبْدالُه ؟ على رِوايَتَيْنِ . ورَخَّصَ فى بَيْعِها الحَسَنُ ، والحَكَمُ ، وعِكْرِمَةُ ، والشَّافِعِىُّ ، وأَصْحابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ البَيْعَ يَقَعُ على الجِلْدِ ، والوَرَقِ ، وبَيْعُ ذلك مُباحٌ . ولَنا ،

---

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) فى م : « لمن » .

(٢٩) أخرجه أبو داود ، فى : باب تحريم حرم مكة ، من كتاب المناسك . سنن أبى داود ١/٤٦٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أن منى مناخ من سبق ، من أبواب الحج . عارضة الأحوذى ٤/١١١ . وابن ماجه ، فى : باب النزول بمنى ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ٢/١٠٠٠ . والدارمى ، فى : باب كراهية البنيان بمنى ، من كتاب المناسك . سنن الدارمى ٢/٧٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/١٨٧ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

قولُ الصَّحابَةِ رَضِيَ اللهُ عنهم ، و لم نَعْلَمْ لهم مُخالِفًا فى عَصْرِهم ، ولأنَّه يَشْتَمِلُ على كَلامِ اللهِ تعالى ، فتَجِبُ صِيَانَتُهُ عن البَيْعِ والابْتِذالِ ، وأمَّا الشِّراءُ فهُوَ أسْهَلُ ؛ لأنَّه اسْتِنْقاذٌ لِلْمُصْحَفِ ، وبَذْلٌ لِمالِهِ فيه ، فجازَ ، كما أجازَ شِراءَ / رِباعِ مَكَّةَ ، ٤٤/٥ و واسْتِئْجارَ دُورِها ، مَنْ لا يَرَى بَيْعَها ، ولا أخْذَ أُجْرَتِها . وكذلك أرْضُ السَّوادِ ونحوُها . وكذلك دَفْعُ الأُجْرَةِ إلى الحَجَّامِ ، لا يُكْرَهُ ، مع كَراهَةِ كَسْبِه . وإن اشْتَرَى الكافِرُ مُصْحَفًا ، فالبَيْعُ باطِلٌ . وبه قال الشَّافِعِىُّ ، وأجازَهُ أصْحابُ الرَّأْىِ ، وقالوا : يُجْبَرُ على بَيْعِه ؛ لأنَّه أهْلٌ لِلشِّراءِ ، والمُصْحَفُ مَحَلٌّ له . ولَنا ، أنَّه يُمْنَعُ من اسْتِدامَةِ المِلْكِ عليه ، فمُنِعَ من ابْتِدائِه ، كسائِرِ ما يَحْرُمُ بَيْعُه ، وقد نَهَى النَّبِىُّ ﷺ عَنِ المُسافَرَةِ بالقُرْآنِ إلى أرْضِ العَدُوِّ ، مَخافَةَ أن تَنالَهُ أيْدِيهم[30] . فلا يَجُوزُ تَمْكِينُهُم من التَّوَصُّلِ إلى نَيْلِ أيْدِيهم إيَّاهُ .

فصل : ولا يَصِحُّ شِراءُ الكافِرِ مُسْلِمًا . وهذا قولُ مالِكٍ فى إحْدى الرِّوَايَتَيْنِ عنه ، والشَّافِعِىُّ فى أحَدِ القَوْلَيْنِ . وقال أبو حنيفةَ : يَصِحُّ ويُجْبَرُ على إزالَةِ مِلْكِه ؛ لأنَّه يَمْلِكُ المُسْلِمَ بالإرْثِ ، ويَبْقَى مِلْكُه عليه إذا أسْلَمَ فى يَدِه ، فصَحَّ شِراؤُه له ، كالمُسْلِمِ . ولَنا ، أنَّه يُمْنَعُ اسْتِدامَةَ مِلْكِه عليه ، فمُنِعَ ابْتِداءَه ، كالنِّكاحِ ، ولأنَّه عَقْدٌ يُثْبِتُ المِلْكَ على المُسْلِمِ لِلْكافِرِ ، فلم يَصِحّ ، كالنِّكاحِ ، والمِلْكِ بالإرْثِ . والاسْتِدامَةُ أقْوَى من ابْتِداءِ المِلْكِ بالفِعْلِ والاخْتِيارِ ، بِدَلِيلِ ثُبُوتِه بهما لِلْمُحْرِمِ فى الصَّيْدِ ، مع مَنْعِه من ابْتِدائِه ، فلا يَلْزَمُ من ثُبُوتِ الأقْوَى ثُبُوتُ ما دُونَه ، مع أنَّنا نَقْطَعُ الاسْتِدامَةَ عليه بِمَنْعِه منها ، وإجْبارِه على إزالَتِها .

فصل : ولو وَكَّلَ كافِرٌ مُسْلِمًا فى شِراءِ مُسْلِمٍ ، لم يَصحَّ الشِّراءُ ؛ لأنَّ المِلْكَ

---

(٣٠) تقدم تخريجه فى ١/٢٠٤ .

يَقَعُ لِلْمُوَكِّل ، ولأنَّ المُوَكِّلَ ليس بأَهْلٍ لِشِرائِه ، فلم يَصِحَّ أنْ يَشْتَرِىَ له ، كما لو وَكَّلَ مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا فى شِراءِ خَمْرٍ . وإن وَكَّلَ المُسْلِمُ كافِرًا يَشْتَرِى له مُسْلِمًا[٣١] ، فَاشْتَراه ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ المَنْعَ منه إنَّما كان لِمَا فيه من ثُبُوتِ مِلْكِ الكافِرِ على المُسْلِمِ ، والمِلْكُ يَثْبُتُ للمُسْلِمِ هٰهنا ، فلم يَتَحَقَّقِ المانِعُ . والثّانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ ما مُنِعَ مِن شِرائِه مُنِعَ التَّوْكِيلُ فيه ، كالمُحْرِمِ فى شراءِ الصَّيْدِ ، والكافِرِ فى نِكاحِ المُسْلِمَةِ ، والمُسْلِمُ لا يجوزُ أنْ يكونَ وَكِيلًا لِذِمِّىٍّ / فى شراءِ خَمْرٍ . ٤٤/٥ ظ

فصل : وإنِ اشْتَرَى الكافِرُ مُسْلِمًا يَعْتِقُ عليه بالقَرابَةِ ، كأَبِيه وأَخِيه ، صَحَّ الشِّراءُ ، وعَتَقَ عليه ، فى قَوْلِ بعضِ أصحابِنا . وحَكَى فيه أبو الخَطَّابِ رِوايَتَيْنِ ؛ إحْداهما ، لا يَصِحُّ . وهو قولُ بعضِ الأصحابِ ؛ لأنَّه شِراءٌ يَمْلِكُ به المُسْلِمَ ، فلم يَصِحَّ ، كالذى لا يَعْتِقُ عليه . ولأنَّ ما مُنِعَ مِن شرائِه ، لم يُبَحْ له شراؤُه وإنْ زالَ مِلْكُه عَقِيبَ الشِّراءِ ، كشراءِ المُحْرِمِ الصَّيْدَ . والثّانيةَ ، يَصِحُّ شراؤُه ؛ لأنَّ المَنْعَ إنَّما ثَبَتَ لِما فيه مِن إهانَةِ المُسْلِمِ بمِلْكِ الكافِرِ له ، والمِلْكُ هٰهنا يَزُولُ عَقِيبَ الشِّراءِ بالكُلِّيَّةِ ، ويَحْصُلُ مِن نَفْعِ الحُرِّيَّةِ أضعافُ ما حَصَلَ مِن الإهانَةِ بالمِلْكِ فى لَحْظَةٍ يَسِيرَةٍ . ويُفارِقُ مَن لا يَعْتِقُ عليه ؛ فإنَّ مِلْكَه لا يَزُولُ إلّا بإزالَتِه ، وكذلك شراءُ المُحْرِمِ للصَّيْدِ ، فإنَّه لو مَلَكه ، لثَبَتَ مِلْكُه عليه ، ولم يَزُلْ . ولو قال كافِرٌ لمُسْلِمٍ : أعْتِقْ عَبْدَكَ عَنِّى ، وعَلَىَّ ثَمَنُه . ففَعَلَ ، صَحَّ ؛ لأنَّ إعتاقَه ليس بتَمْلِيكٍ ، وإنَّما هو إبطالٌ للرِّقِّ فيه ، وإنَّما حَصَلَ المِلْكُ فيه حُكْمًا[٣٢] ، فجازَ ، كما يَمْلِكُه بالإرْثِ حُكْمًا . ولأنَّ ما يَحْصُلُ له بالحُرِّيَّةِ مِن النَّفْعِ يَنْغَمِرُ فيه ما يَحْصُلُ مِن الضَّرَرِ بالمِلْكِ ، فيَصِيرُ كالمَعْدُومِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ؛ أنَّه لا يَصِحُّ ؛ بِناءً على شراءِ قَرِيبِه المُسْلِم .

---

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) سقط من : الأصل .

فصل : ولو أجَرَ مُسْلِمٌ نَفْسَه لِذِمِّىٍّ ، لعَمَلٍ فى ذِمَّتِه ، صَحَّ ؛ لأنَّ عَلِيًّا ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أجَرَ نَفْسَه مِن يَهُودِىٍّ ، يَسْتَقِى له[33] كُلَّ دَلْوٍ بتَمْرَةٍ ، وأتَى بذلك النَّبِىَّ ﷺ فأكَلَهُ[34] . وفَعَلَ ذلك رَجُلٌ مِن الأنصارِ ، وأتَى به النَّبِىَّ ﷺ ، فلم يُنْكِرْه[35] . ولأنَّه لا صَغارَ عليه فى ذلك . وإنِ اسْتَأْجَرَه فى مُدَّةٍ ، كيَوْمٍ ، أو شَهْرٍ ، ففيه وجهانِ ؛ أحدُهما ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ فيه اسْتِيلاءً عليه ، وصَغارًا ، أشْبَهَ الشِّراءَ . والثّانى ، يَصِحُّ . وهو أوْلَى ؛ لأنَّ ذلك عَمَلٌ فى مُقابَلَةِ عِوَضٍ ، أشْبَهَ العَمَلَ فى ذِمَّتِه ، ولا يُشْبِهُ المِلْكَ ؛ لأنَّ المِلْكَ يَقْتَضِى سُلْطانًا ، واسْتِدامَةً ، وتَصَرُّفًا بأنواعِ التَّصَرُّفاتِ فى رَقَبَتِه ، بخِلافِ الإجارَةِ .

٥/٤٥ و **فصل** : ولا يجوزُ / أنْ يُفَرِّقَ فى البَيْعِ بينَ كُلِّ ذِى رَحِمٍ مَحْرَمٍ . وبه قال أبو حنيفةَ . وقال مالِكٌ : لا يَحْرُمُ التَّفْرِيقُ إلّا بينَ الأُمِّ وَوَلَدِها ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ[36] وَوَلَدِهَا ، فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وبَيْنَ أحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . رواه التِّرمِذِىُّ[37] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وقال : « لَا تُوَلَّهُ[38] وَالِدَةٌ عَنْ وَلَدِهَا »[39] . فخَصَّها بذلك ، فدَلَّ على الإباحَةِ فيما سواه . وقال الشّافِعِىُّ : يَحْرُمُ بينَ الوالِدِينَ والمَوْلُودِينَ وإنْ سَفَلُوا ، ولا يَحْرُمُ بينَ مَن عَداهم ؛ لأنَّ القَرابَةَ التى بينَهم لا تَمْنَعُ القِصاصَ ، ولا شهادَةَ بَعْضِهِم لبعضٍ ، فلم تَمْنَعِ التَّفرِيقَ فى

---

(٣٣) سقط من : الأصل .

(٣٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠٨ .

(٣٥) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الرجل يستقى كل دلو بتمرة ... ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٨/٢ ، ٨١٩ .

(٣٦) فى م : « الوالدة » .

(٣٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣٢ .

(٣٨) أى لا يُفَرَّق بينهما فى البيع . وكل أنثى فارقت ولدها فهى وَالِهٌ . النهاية فى غريب الحديث والأثر ٢٢٧/٥ .

(٣٩) عزاه إلى البيهقى فى كنز العمال ٥٧٦/٥ ، ٥٧٧ ، ٧٥/٩ .

البَيْعِ ، كابْنَيِ العَمِّ . ولَنا ، ما رَوَى أحْمَدُ ، فى « المُسْنَدِ »[40] ، حَدَّثَنا غُنْدَرٌ ، حَدَّثَنا سَعِيدُ بن أبى عَرُوبَةَ ، عن الحَكَمِ ، عن عبدِ الرحمنِ بن أبى لَيْلَى ، عن عَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : أمَرَنِى رسولُ اللهِ ﷺ أنْ أبِيعَ غُلامَيْنِ أخَوَيْنِ . فبِعْتُهُما ، ففَرَّقْتُ بينَهما ، فذَكَرْتُ ذلك للنَّبِىِّ ﷺ ، فقال : « أدْرِكْهُمَا فارْتَجِعْهُمَا ، ولَا تَبِعْهُمَا إلَّا جَمِيعًا » . ورُوِىَ عن أبى موسى ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « لَعَنَ اللهُ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا ، والْأخِ وَأخِيهِ »[41] . ولأنَّ بَيْنَهُمَا رَحِمًا[42] مَحْرَمًا ، فلم يَجُزِ التَّفْرِيقُ بينَهما ، كالوَلَدِ مع أُمِّهِ . ويُفارِقُ ابْنَيِ العَمِّ ، فإنَّه ليس بينهما رَحِمٌ مَحْرَمٌ .

فصل : فإنْ فَرَّقَ بينَهما قبلَ البُلُوغِ ، فالبَيْعُ باطِلٌ . وبه قال الشّافِعِىُّ فيما دُونَ السَّبْعِ . وقال أبو حنيفةَ : البَيْعُ صَحِيحٌ ؛ لأنَّ النَّهْىَ ، لمَعْنًى فى غيرِ البَيْعِ ، وهو الضَّرَرُ اللَّاحِقُ بالتَّفْرِيقِ ، فلم يَمْنَعْ صِحَّةَ البَيْعِ ، كالبَيْعِ فى وقتِ النِّداءِ . ولَنا ، حَدِيثُ عَلِىٍّ ، وأنَّ النَّبِىَّ ﷺ أمَرَه برَدِّهِما ، ولو لَزِمَ البَيْعُ لما أمْكَنَ رَدُّهما . ورَوَى أبو داوُدَ فى « سُنَنِه »[43] ، أنَّ عَلِيًّا فَرَّقَ بين الأُمِّ ووَلَدِها ، فنهاه النَّبِىُّ ﷺ ، فرَدَّ المَبِيعَ . ولأنَّه بَيْعٌ مُحَرَّمٌ ، لمَعْنًى فيه ، ففَسَد ، كبَيْعِ الخَمْرِ . ولا يَصِحُّ ما قالَه ؛ فإنَّ ضَرَرَ التَّفْرِيقِ حاصِلٌ بالبَيْعِ ، فكان لِمَعْنًى فيه . فأمَّا تَحْدِيدُه بالسَّبْعِ ؛ فإنَّ عُمُومَ اللَّفْظِ يَمْنَعُ ذلك ، ولا يجوزُ تَخْصِيصُه بغيرِ دَلِيلٍ ، وإنْ كان فَرَّقَ بينَهما بعدَ البُلُوغِ جازَ . وقال أبو الخَطّابِ : فيه رِوايتانِ ؛ إحداهما ، لا يجوزُ ؛ لعُمُومِ النَّهْىِ . والثّانيةُ ، يجوزُ . وهى الصَّحِيحَةُ ؛ لما رُوِىَ أنَّ سَلَمَةَ بن الأَكْوَعِ / أتَى أبا بَكْرٍ ٥/٤٥ ظ

---

(٤٠) المسند ٩٧/١ ، ٩٨ ، ١٢٦ ، ١٢٧ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب النهى عن التفريق بين السبى ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٥/٢ ، ٧٥٦ .

(٤١) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب النهى عن التفريق بين السبى ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٦/٢ .

(٤٢) سقط من : م .

(٤٣) فى : باب فى التفريق بين السبى ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٥٨/٢ .

بامْرَأةٍ وابْنَتِها ، فنَفَّلَه أبو بكرٍ ابْنَتَها ، فاستَوْهَبَها مِنه[٤٤] النَّبِىُّ ﷺ ، فوَهَبَها له[٤٥] . وأُهْدِىَ إلى النَّبِىِّ ﷺ مارِيَةُ ، وأُخْتُها سِيرِينُ ، فأَعْطَى النَّبِىُّ ﷺ سِيرِينَ لحَسّانَ بن ثابتٍ ، وتَرَكَ مارِيَةَ له[٤٦] . ولأنَّه بعدَ البُلُوغِ يَصِيرُ مُسْتَقِلًّا بنَفْسِه ، والعادَةُ التَّفْرِيقُ بين الأحرارِ ، فإنَّ المَرْأَةَ تُزَوِّجُ ابْنَتَها ، ويُفَرَّقُ بينَ الحُرَّةِ وَوَلَدِها إذا افْتَرَقَ الأبوانِ .

فصل : وإذا اشْتَرَى مِمَّن فى مالِه حرامٌ وحلالٌ ، كالسُّلْطانِ الظّالِمِ ، والمُرَابِى ؛ فإنْ عَلِمَ أنَّ المَبِيعَ مِن حلالِ مالِه ، فهو حلالٌ ، وإنْ [٤٧]عَلِمَ أنَّه[٤٧] حرامٌ ، فهو حرامٌ ، ولا يُقْبَلُ قولُ المُشْتَرِى عليه فى الحُكْمِ ؛ لأنَّ الظّاهِرَ أنَّ ما فى يَدِ الإنسانِ مِلْكُه ، فإنْ لم يَعْلَمْ مِن أيِّهما هو ، كَرِهْناه ؛ لاحْتِمالِ التَّحْرِيمِ فيه ، ولم يَبْطُلِ البَيْعُ ؛ لإمكانِ الحلالِ ، قَلَّ الحرامُ أو كَثُرَ . وهذا هو الشُّبْهَةُ ، وبقَدْرِ قِلَّةِ الحرامِ وكَثْرَتِه ، تَكُونُ كَثْرَةُ الشُّبْهَةِ وقِلَّتُها . قال أحمدُ : لا يُعْجِبُنِى أنْ يَأْكُلَ مِنه ؛ لما رَوَى النُّعْمانُ بن بَشِيرٍ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « الْحَلَالُ بَيِّنٌ وَالْحَرَامُ بَيِّنٌ ، وَبَيْنَهُما أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ ، لَا يَعْلَمُها كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ ، فَمَنِ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِه وَعِرْضِهِ ، وَمَنْ وَقَعَ فى الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فى الْحَرَامِ ، كَالرَّاعِى حَوْلَ الْحِمَى ، يُوشِكُ أنْ يَرْتَعَ فِيهِ . أَلَا وَإنَّ[٤٨] لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى ، وَحِمَى اللهِ مَحَارِمُهُ » . مُتَّفَقٌ عليه[٤٩] . وهذا

---

(٤٤) سقط من : م .

(٤٥) أخرجه مسلم ، فى : باب التنفيل وفداء المسلمين بالأسارى ، من كتاب المغازى . صحيح مسلم ١٣٧٥/٣ ، ١٣٧٦ . وأبو داود ، فى : باب فى الرخصة فى المدركين ... ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٥٨/٢ ، ٥٩ . وابن ماجه ، فى : باب فداء الأسارى ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٤٩/٢ .

(٤٦) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى كتاب النبى إلى المقوقس . دلائل النبوة ٣٩٥/٤ ، ٣٩٦ . وذكره الزيلعى ، فى باب البيع الفاسد ، من كتاب البيوع . نصب الراية ٢٨/٤ ، ٢٩ .

(٤٧ - ٤٧) فى الأصل : « علمه » .

(٤٨) فى الأصل : « إن » .

(٤٩) أخرجه البخارى ، فى : باب فضل من استبرأ لدينه ، من كتاب الإيمان ، وفى : باب الحلال بين والحرام بين ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٢٠/١ ، ٦٩/٣ ، ٧٠ . ومسلم ، فى : باب أخذ الحلال =

لَفظُ رِوايَةِ مُسْلِمٍ . وفى لَفْظِ رِوايَةِ البُخارِىِّ : « فَمَنْ تَرَكَ ما شُبِّهَ[٥٠] عَلَيْهِ ، كَانَ لِمَا اسْتَبَانَ أَتْرَكَ ، وَمَنِ اجْتَرَأَ عَلَى مَا يَشُكُّ فِيهِ مِنَ المَأْثَمِ ، أَوْشَكَ أَنْ يُوَاقِعَ مَا اسْتَبَانَ » . ورَوَى الحَسَنُ بن عَلِىٍّ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « دَعْ مَا يَرِيبُكَ إِلَى مَا لَا يَرِيبُكَ »[٥١] . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ .

فصل : والمَشْكُوكُ فيه على ثلاثةِ أضْرُبٍ ؛ الأوَّلُ ، ما أصلُه الحَظْرُ ، كالذَّبِيحَةِ فى بَلَدٍ فيها مَجُوسٌ وعَبَدَةُ أوثانٍ يَذْبَحُونَ ، فلا يجوزُ شِراؤُها وإنْ أَمْكَنَ أنْ يَكونَ ذابِحُها مُسْلِمًا ؛ لأنَّ الأصلَ التَّحْرِيمُ ، فلا يَزُولُ إلَّا بيَقِينٍ أو ظاهِرٍ . وكذلك إنْ كان فيها أخْلَاطٌ مِنَ المُسْلِمِينَ والمَجُوسِ ، لم يَجُزْ شِراؤُها / لذلك . والأصلُ فيه حَدِيثُ عَدِىِّ بن حاتِمٍ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « إذا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ ، فَخَالَطَ كَلْبًا لَمْ يُسَمَّ عَلَيْهَا ، فَلَا تَأْكُل ، فَإنَّكَ لَا تَدْرِى أَيُّهَا قَتَلَهُ » . مُتَّفَقٌ عليه[٥٢] . فأمَّا

٤٦/٥ و

= وترك الشبهات ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٩/٣ ، ١٢٢٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى اجتناب الشبهات ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢١٨/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ترك الشبهات ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ١٩٨/٥ ، ١٩٩ . والنسائى ، فى : باب اجتناب الشبهات فى الكسب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢١٣/٧ . وابن ماجه ، فى : باب الوقوف عند الشبهات ، من كتاب الفتن . سنن ابن ماجه ١٣١٨/٢ ، ١٣١٩ . والدارمى ، فى : باب فى الحلال بين والحرام بين ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٤٥/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٦٧/٤ ، ٢٦٩ ، ٢٧١ ، ٢٧٥ .

(٥٠) فى م : « اشتبه » .

(٥١) أخرجه الترمذى ، فى : باب حدثنا عمرو بن على ، من أبواب القيامة . عارضة الأحوذى ٣٢٠/٩ ، ٣٢١ . والنسائى ، فى : باب الحث على ترك الشبهات ، من كتاب الأشربة . المجتبى ٢٩٤/٨ .

(٥٢) أخرجه البخارى ، فى : باب تفسير المشبهات ، من كتاب البيوع ، وفى : باب صيد المعراض ، وباب الصيد إذا غاب عنه يومين أو ثلاثة ، من كتاب الذبائح . صحيح البخارى ٧٠/٣ ، ٧١ ، ١١١/٧ ، ١١٣ . ومسلم ، فى : باب الصيد بالكلاب المعلمة ، من كتاب الصيد . صحيح مسلم ١٥٢٩/٣ ، ١٥٣٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الصيد ، من كتاب الصيد . سنن أبى داود ٩٨/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الكلب يأكل من الصيد ، من أبواب الصيد . عارضة الأحوذى ٢٥٧/٦ ، ٢٥٨ . والنسائى ، فى : باب الأمر بالتسمية عند الصيد ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٥٨/٧ . وابن ماجه ، فى : باب صيد الكلب ، من كتاب الصيد . سنن ابن ماجه ١٠٧٠/٢ .

إنْ كان ذلك فى بَلَدِ الإسلامِ ، فالظّاهِرُ إباحَتُها ؛ لأنّ المُسْلِمِينَ لا يُقِرُّونَ فى بَلَدِهِم بَيْعَ ما لا يَحِلُّ بَيْعُه ظاهِرًا . والثّانى ، ما أصلُه الإباحَةُ ، كالماءِ يَجِدُه مُتَغيِّرًا ، لا يَعْلَمُ أبِنَجاسَةٍ تَغَيَّرَ ، أم بغَيْرِها ؟ فهو طاهِرٌ فى الحُكْمِ ؛ لأنّ الأصلَ الطَّهارَةُ ، فلا نَزُولُ عنها إلّا بيَقِينٍ أو ظاهِرٍ ، ولم يُوجَدْ واحِدٌ مِنهما . والأصلُ فى ذلك حَدِيثُ عبدِ اللهِ ابن زَيْدٍ ، قال : شُكِىَ إلى النَّبِىِّ ﷺ الرَّجُلُ يُخَيَّلُ إليه فى الصَّلاةِ أنّه يَجِدُ الشىءَ ، قال : « لَا يَنْصَرِفُ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا أَوْ يَجِدَ رِيحًا » . مُتَّفَقٌ عليه[٥٣] . والثّالثُ ، ما لا يُعْرَفُ له أصلٌ ، كرَجُلٍ فى مالِه حَلالٌ وحَرامٌ ، فهذا هو الشُّبْهَةُ ، التى الأَوْلَى تَرْكُها ، على ما ذَكَرْنا ، وعَمَلًا بما رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنّه وَجَدَ تَمْرَةً ساقِطَةً ، فقال : « لَوْلَا أَنِّى أَخْشَى أَنَّهَا مِنَ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتُهَا »[٥٤] . وهو مِن بابِ الوَرَعِ .

فصل : وكان أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، لا يَقْبَلُ جَوائِزَ السُّلْطانِ ، ويُنْكِرُ على وَلَدِه وعَمِّه قَبُولَها ، ويُشَدِّدُ فى ذلك ، ومِمَّن كان لا يَقْبَلُها سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، والقاسِمُ ، [٥٥]وبُسْرُ[٥٥] بن سعيدٍ ، ومحمدُ بنُ وَاسِعٍ ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ المُبارَكِ ، وكان هذا مِنهم على سَبِيلِ الوَرَعِ والتَّوَقِّى ، لا على أنّها حرامٌ ، فإنَّ أحمدَ قال : جوائزُ السُّلْطانِ أحَبُّ إلَىَّ مِنَ الصَّدَقَةِ . وقال : ليس أحَدٌ مِنَ المسلمين إلّا وله فى هذه الدَّراهِمِ نَصِيبٌ ، فكيف أقولُ : إنّها سُحْتٌ ؟ ومِمَّن كان يَقْبَلُ جوائزَهم ابنُ عُمَرَ ، وابنُ عَبّاسٍ ، وعائشةُ ، وغيرُهم مِنَ الصَّحابَةِ ، مِثْلُ الحسنِ ، والحُسينِ ، وعبدِ اللهِ بن جَعْفَرٍ . ورَخَّصَ فيه الحسنُ البَصْرِىُّ ، ومَكْحُولٌ ، والزُّهْرِىُّ

---

(٥٣) تقدم تخريجه فى : ١/٢٦٢ .

(٥٤) تقدم تخريجه فى : ٤/١١٦ . ويضاف إلى التخريج : المسند ٣/١١٩ ، ١٣٢ ، ١٨٤ ، ١٩٣ ، ٢٤١ ، ٢٥٨ ، ٢٩١ ، ٢٩٢ .

(٥٥ - ٥٥) سقط من الأصل . وفى م : « وبشر » .

وهو بُسْر بن سعيد المدنى العابد ، مولى ابن الحضرمى ، تابعى ، وكان ثقة ، كثير الحديث . مات بالمدينة سنة مائة . تهذيب التهذيب ١/٤٣٧ ، ٤٣٨ .

والشَّافِعِىُّ . واحْتَجَّ بعضُهم بأنَّ النَّبِىَّ ﷺ اشْتَرَى مِن يَهُودِىٍّ طعامًا[٥٦] ، وماتَ ودِرْعُه مَرْهُونَةٌ عندَه[٥٧] . وأجابَ يَهُودِيًّا دَعَاهُ ، وأَكَلَ مِن طعامِه[٥٨] . وقد أَخْبَرَ اللهُ تعالى أنَّهم أَكّالُونَ للسُّحْتِ . ورُوِىَ عن عَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، / أنَّه قال : لا بَأْسَ بجَوائِزِ السُّلْطانِ ، فإنَّ ما يُعْطِيكُم مِنَ الحلالِ أكْثَرُ مِمّا يُعْطِيكُم مِنَ الحرامِ . وقال : لا تَسْأَلِ السُّلْطانَ شَيْئًا ، وإنْ أَعْطَى فَخُذْ ، فإنَّ ما فى بيتِ المالِ مِنَ الحلالِ أَكْثَرُ مِمَّا فيه مِنَ الحرامِ .

٤٦/٥ ظ

فصل[٥٩] : قال أحمدُ رَحِمَه اللهُ ، فى مَن معه ثلاثةُ دَراهِمَ ، فيها دِرْهَمٌ حرامٌ : يَتَصَدَّقُ بالثَّلاثَةِ ، وإنْ كان معه مِائَتا دِرْهَمٍ ، فيها عَشَرَةٌ حرامٌ ، يَتَصَدَّقُ بالعَشَرَةِ ؛ لأنَّ هذا كَثِيرٌ ، وذاكَ قَلِيلٌ . فقيل له : قال سُفْيانُ : ما كان دُونَ العَشَرَةِ يَتَصَدَّقُ به ، وما كان أَكْثَرَ يَخْرُجُ . قال : نعم ، لا يُجْحَفُ به . قال القاضى : وليس هذا على سَبِيلِ التَّحْدِيدِ ، وإنَّما هو على طَرِيقِ الاخْتِيارِ ؛ لأنَّه كُلَّما كَثُرَ الحلالُ بَعُدَ تَنَاوُلُ

---

(٥٦) أخرجه البخارى ، فى : باب شراء النبى ﷺ بالنسيئة ، وباب شراء الإمام الحوائج بنفسه ، وباب شراء الطعام إلى أجل ، من كتاب البيوع ، وفى : باب من رهن درعه ، وباب الرهن عند اليهود ، من كتاب الرهن . صحيح البخارى ٣/ ٧٣ ، ٧٤ ، ٨١ ، ١٠١ ، ١٨٦ ، ١٨٧ . ومسلم ، فى : باب الرهن وجوازه فى الحضر والسفر ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١٢٢٦ . والنسائى ، فى : باب الرجل يشترى الطعام إلى أجل ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٥٣ . وابن ماجه ، فى : باب حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/ ٨١٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٤٢ ، ١٦٠ .

(٥٧) أخرجه البخارى ، فى : باب ما قيل فى درع النبى ﷺ ... ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب حدثنا قبيصة ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٤/ ٤٩ ، ٥٠ ، ٦/ ١٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرخصة فى الشراء إلى أجل ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢١٩ . والنسائى ، فى : باب مبايعة أهل الكتاب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٦٧ . وابن ماجه ، فى : باب حدثنا أبو بكر ابن أبى شيبة ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/ ٨١٥ . والدارمى ، فى : باب فى الرهن ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٥٩ ، ٢٦٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٢٣٦ ، ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٦١ ، ٣/ ١٠٢ ، ٢٣٨ ، ٦/ ٤٥٣ ، ٤٥٧ .

(٥٨) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٢١٠ ، ٢١١ ، ٢٧٠ .

(٥٩) سقط من : م .

الحرامِ ، وشَقَّ التَّوَرُّعُ عن الجَميعِ ، بخِلافِ القَليلِ ، فإنَّه يَسْهُلُ إخْراجُ الكُلِّ . والواجِبُ فى المَوْضِعَيْنِ إخراجُ قَدْرِ الحرامِ ، والباقى مُباحٌ له ؛ وهذا لأنَّ تَحْرِيمَه لم يَكُنْ لتَحْرِيمِ عَيْنِه ، وإنَّما حُرِّمَ لتَعَلُّقِ حَقِّ غيرِه به ، فإذا أَخْرَجَ عِوَضَه زالَ التَّحْرِيمُ عنه ، كما لو كان صاحِبُه حاضِرًا فرَضِىَ بعِوَضِه ، وسواءٌ كان قَلِيلًا أو كَثِيرًا . والوَرَعُ إخراجُ ما يَتَيَقَّنُ به إخراجَ عَيْنِ[60] الحرامِ ، ولا يَحْصُلُ ذلك إلَّا بإخراجِ الجَمِيعِ ، لَكِنْ لَمَّا شَقَّ ذلك فى الكَثِيرِ ، تُرِكَ لأجلِ المَشَقَّةِ فيه ، واقْتُصِرَ على الواجِبِ . ثم يَخْتَلِفُ هذا باخْتِلافِ النَّاسِ ؛ فمِنْهم مَن لا يَكونُ له سِوَى[61] الدَّراهِمِ اليَسِيرَةِ ، فَيَشُقُّ إخراجُها ؛ لحاجَتِه إليها ، ومِنهم مَن يكونُ له مالٌ كَثِيرٌ ، فَيَسْتَغْنِى عنها ، فَيَسْهُلُ إخراجُها .

فصل : قد ذَكَرْنا أنَّ [62]ظاهِرَ المذهبِ[62] ، أنَّه[63] لا يجوزُ بَيْعُ كُلِّ ماءٍ عِدٍّ[64] ، كمِياهِ العُيُونِ ، ونَقْعِ البِئْرِ فى أماكِنِه قَبْلَ إحْرازِه فى إنائِه ، ولا الكَلَأُ فى مَواضِعِه قَبْلَ حِيازَتِه . فعلى هذا ؛ متى باعَ الأرضَ و فيها كَلَأٌ أو ماءٌ ، فلا حَقَّ للبائِعِ فيه . وقد ذَكَرْنا روايةً أُخْرَى ؛ أنَّ ذلك مَمْلُوكٌ ، وأنَّه يَجُوزُ بَيْعُه . فعلى هذه الرِّوايةِ ، إنْ باعَ الأرضَ ، فذَكَرَ الماءَ والكَلَأَ فى البَيْعِ ، دَخَلَ فيه ، وإنْ لم يَذْكُرْه ، كان الماءُ المَوْجُودُ والكَلَأُ للبائِعِ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ الزَّرْعِ فى الأرضِ . والماءُ أصلٌ بنَفْسِه ، فهو كالطَّعامِ فى الدَّارِ ، فما يَتَجَدَّدُ بَعْدَ البَيْعِ ، فهو للمُشْتَرِى . وعلى هذه الرِّوايةِ ، إذا باعَ / مِن هذا الماءِ آصُعًا مَعْلُومَةً ، جازَ ؛ لأنَّه كالصُّبْرَةِ ، وإنْ باعَ كُلَّ ماءِ البِئْرِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه يَخْتَلِطُ بغيرِه . ولو باعَ مِن النَّهْرِ الجارى آصُعًا ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ ذلك الماءَ يَذْهَبُ ، ويَأْتِى غيرُه .

٤٧/٥ و

---

(٦٠) فى م : « عن » .

(٦١) فى م : « إلا » .

(٦٢ – ٦٢) فى م : « الظاهر من المذهب » .

(٦٣) سقط من : الأصل .

(٦٤) العِدّ ، بالكسر : الماء الجارى الذى له مادة لا تنقطع كماء العين . القاموس .

فصل : وعلى كِلْتَا الرِّوايَتَيْنِ ؛ متى كان الماءُ النَّابعَ فى مِلْكِه ، أو الكَلَأُ أو المَعادِنُ ، وَفْقَ كِفايَتِه ، لشُرْبِه ، وشُرْبِ ما شِيَتِه ، لم يَجِبْ عليه بَذْلُه . نَصَّ عليه ؛ لأنَّه فى مِلْكِه ، فإذا تساوى هو وغيرُه فى الحاجَةِ ، كان أحَقَّ به ، كالطَّعامِ ، وإنَّما تَوَعَّدَ النَّبِىُّ ﷺ على[65] مَنْعِ فَضْلِ الماءِ ، ولا فَضْلَ فى هذا . ولأنَّ عليه فى بَذْلِه ضَرَرًا ، ولا يَلْزَمُه نَفْعُ غيرِه بمَضَرَّةِ نفسِه . وإنْ كان فيه فَضْلٌ عن شُرْبِه ، وشُرْبِ ما شِيَتِه وزَرْعِه ، واحتاجَتْ إليه ما شِيَةُ غيرِه ، لَزِمَه بَذْلُه بغيرِ عِوَضٍ ، ولكُلِّ واحِدٍ أنْ يَتَقَدَّمَ إلى الماءِ ، ويَشْرَبَ ، ويَسْقِىَ مَاشِيَتَه ، وليس لصاحِبِه المَنْعُ مِن ذلك ؛ لما رَوَى إياسُ وإياسِ بن عبدٍ المُزَنِىُّ[66] ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « مَنْ مَنَعَ فَضْلَ الْمَاءِ ، لِيَمْنَعَ بِهِ فَضْلَ الكَلَإِ ، مَنَعَهُ اللهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ »[67] . وفى صَحِيحِ مُسْلِمٍ[68] عن أبى

---

(65) فى الأصل : « عن » .

(66) كذا فى النسخ ، وفى ترجمته : هو أبو عوف إياس بن عبد المزنى ، كوفى له صحبة . وذكر ابن الأثير أن الترمذى ذكره باسم « عبد الله » . انظر ترجمته فى : أسد الغابة ١/١٨٤ ، والإصابة ١/١٦٥ ، ١٦٦ .

(67) لم نجده من طريق إياس بن عبد (أو عبد الله) المزنى بهذا اللفظ . وإنما أخرجه من طريق عبد الله بن عمرو الإمام أحمد ، فى : المسند : ٢/١٨٣ . وروى عنه أبو عبيد ، فى الأموال ٢٩٦ ، أن رسول الله ﷺ نهى أن يمنع فضل الماء . وانظر تخريج الحديث الثانى فى الحاشية الآتية .

(68) أخرج الأول مسلم ، فى : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٥٥ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب الشروط فى الطلاق ، من كتاب الشروط ، وفى : باب ﴿ وكان أمر الله قدرا مقدورا ﴾ ، من كتاب القدر . صحيح البخارى ٣/٢٥١ ، ٨/١٥٣ . وأبو داود ، فى : باب فى المرأة تسأل زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥٠٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا تسأل المرأة طلاق أختها ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥/١٦٥ ، ١٦٦ . والإمام مالك ، فى : باب جامع ما جاء فى أهل القدر ، من كتاب القدر . الموطأ ٢/٩٠٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٣٨ ، ٢٧٤ ، ٣٩٤ .

والثانى ، فى : باب تحريم بيع فضل الماء الذى يكون بالفلاة ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١١٩٨ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب من قال إن صاحب الماء أحق بالماء ، من كتاب الشرب . صحيح البخارى ٣/١٤٤ . وأبو داود ، فى : باب فى منع الماء ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/٢٤٨ . والترمذى ، =

هُرَيْرَةَ ، أنَّ رَسولَ اللهِ ﷺ نَهى أنْ تَسْأَلَ المَرْأَةُ طَلاقَ أُخْتِها . ونَهَى أنْ يُمْنَعَ الماءَ مَخافَةَ أنْ يُرْعَى الكَلأُ . يَعْنِى إذا كان فى مكانٍ كَلأٌ ، وليس يُمْكِنُه الإقامَةُ لرَعْيِه إلّا بالسَّقْيِ من هذا الماءِ ، فيَمْنَعُهم السَّقْىَ ، ليَتَوَفَّرَ الكَلأُ عليه . ورَوَى أبو عُبَيْدَةَ[69] بإسنادِه ، عن عُمَرَ ، أنَّه قال : ابنُ السَّبِيلِ أحَقُّ بالماءِ مِنَ الثَّانِى[70] عليه . وعن أبى هُرَيْرَةَ ، قال : ابنُ السَّبِيلِ أوَّلُ شارِبٍ . وعن بُهَيْسَةَ ، قالتْ : قال أبى : يا رسولَ اللهِ ، ما الشَّىْءُ الذى لا يَحِلُّ مَنْعُه ؟ قال : « الْمَاءُ » . قال : يا رسولَ اللهِ ما الشَّىْءُ الذى لا يَحِلُّ مَنْعُه ؟ قال : « الْمِلْحُ »[71] . ولَيْسَ عليه بَذْلُ آلَةِ البِئْرِ مِنَ الحَبْلِ ، والدَّلْوِ ، والبَكَرَةِ ؛ لأنَّه يَخْلُقُ[72] ، ولا يَسْتَخْلِفُ غيرَه ، بخِلافِ الماءِ . وهذا كُلُّه هو الظَّاهِرُ مِن مذهبِ الشّافِعِىِّ . ولا فَرْقَ فيما ذَكَرْنا بينَ البُنْيانِ والصَّحارِى . وعن أحمدَ ، أنَّه قال : إنّما هذا فى الصَّحارِى والبَرِّيَّةِ ، دُونَ البُنْيانِ . يعنى أنَّ البُنْيانَ إذا كان فيه الماءُ ، فليس لأحَدٍ الدُّخُولُ إليه إلَّا بإذْنِ صاحِبِه .

فصل : وهل يَلْزَمُه بَذْلُ فَضْلِ مائِه لزَرْعِ غيرِه ؟ فيه روايتانِ ؛ إحْداهما ، لا يَلْزَمُه[73] / بَذْلُه . وهو مذهبُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ الزَّرْعَ لا حُرْمَةَ له فى نَفْسِه ، ولهذا لا يَجِبُ على صاحِبِه سَقْيُه ، بخِلافِ الماشِيَةِ . والثّانيةُ ، يَلْزَمُه بَذْلُه لذلك ؛ لما رُوِىَ

٤٧/٥ ظ

= فى : باب ما جاء فى بيع فضل الماء ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٧٣ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن منع فضل الماء ليمنع به الكلأ ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/٨٢٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٤٦٣ .

(٦٩) فى : الأموال ٢٩٧ .

(٧٠) فى النسخ : « البانى » والتصويب من : الأموال . والتانى : الفلاح . والتناوة : الفلاحة .

(٧١) أخرجه أبو داود ، فى : باب ما لا يجوز منعه ، من كتاب الزكاة . سنن أبى داود ١/٣٨٨ . والدارمى ، فى : باب فى الذى لا يحل منعه ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٦٩ ، ٢٧٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٤٨٠ ، ٤٨١ .

(٧٢) أى : يبلى .

(٧٣) فى م : « يلزم » .

عن عبدِ اللهِ بن عَمْرٍو ، أنَّ قَيِّمَ أرضِه بالوَهْطِ[(٧٤)] كَتَبَ إليه ، يُخْبِرُه أنَّه قد سَقَى أرضَه ، وفَضَلَ له مِنَ الماءِ فضْلٌ يُطْلَبُ بثلاثينَ ألْفًا . فكَتَبَ إليه عبدُ الله بن عَمْرٍو ؛ أقِمْ قِلْدَكَ ، ثم اسْقِ الأدْنَى فالأدْنَى ، فإنِّى سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يَنْهَى عن بَيْعِ فَضْلِ الماءِ[(٧٥)] . قال أبو عُبَيْدٍ[(٧٦)] : القِلْدُ : يَوْمُ الشُّرْبِ . وفى « المُسْنَدِ »[(٧٧)] ، [(٧٨]حَدَّثَنا حَسَنٌ[٧٨)] ، قال حَدَّثَنا حَمّادُ بن سَلَمَةَ ، عن أبى الزُّبَيْرِ ، عن جابِرٍ ، قال : نَهَى رسولُ اللهِ ﷺ عن بَيْعِ فَضْلِ الماءِ . وروى إياس بن عبدٍ[(٧٩)] ، قال : نَهَى رسولُ اللهِ ﷺ أنْ يُمْنَعَ فَضْلُ الماءِ . رواه التِّرمِذِىُّ[(٨٠)] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وفى لَفْظٍ : نَهَى عن بَيْعِ الماءِ . ولأنَّ فى مَنْعِه فَضْلَ الماءِ إهلاكَه ، فحُرِّمَ مَنْعُه كالماشِيَةِ . وقولُهم : لا حُرمَةَ له . قُلْنَا : فلصاحِبِه حُرْمَةٌ ، فلا يجُوزُ التَّسَبُّبُ إلى إهلاكِ مالِه . ويَحْتَمِلُ[(٨١)] أنْ يُمْنَعَ نَفْىُ الحُرْمَةِ عنه ، فإنَّ إضاعَةَ المالِ مَنْهِىٌّ عنها ، وإتلافَه مُحَرَّمٌ ، وذلك دَلِيلٌ على حُرْمَتِه .

فصل : وإذا اشْتَرَى عَبْدًا بِمائَةٍ ، فقضاها عنه غيرُه ، صَحَّ ، سواءٌ قضاه بأمرِه أو غيرِ

---

(٧٤) الوهط : بستان ومال كان لعمرو بن العاص بالطائف على ثلاثة أميال من وج . القاموس .

(٧٥) أخرجه البيهقى ، فى : باب النهى عن بيع فضل الماء ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ١٦/٦ .

(٧٦) فى : الأموال ٣٠١ .

(٧٧) المسند ٣٣٨/٣ ، ٣٣٩ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم بيع فضل الماء الذى يكون بالفلاة ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٧/٣ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٨/٢ .

(٧٨ - ٧٨) سقط من : الأصل .

(٧٩) فى الأصل : « عبد الله » . وأثبتنا ما فى سنن الترمذى .

(٨٠) فى : باب ما جاء فى بيع فضل الماء ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٢/٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع فضل الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٩/٢ . والنسائى ، فى : باب بيع فضل الماء ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٠/٧ ، ٢٧١ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٨/٢ .

(٨١) فى النسخ : « يحمل » .

أَمْرِه . فإنْ بانَ العَبْدُ مُسْتَحَقًّا ، لَزِمَ رَدُّ المِائَةِ إلى دافِعِها ؛ لأنَّنا تَبيَّنَّا أنَّه قَبْضٌ غيرُ مُسْتَحَقٍّ ، فكأنَّ المِائَةَ لم تَخْرُجْ مِن يَدِ دافِعِها . وإنْ بانَ العَبْدُ مَعِيبًا ، فرَدَّه بالعَيْبِ ، أو بإقالَةٍ ، أو أصْدَقَ امْرَأَةً إنسانٍ شيئًا ، فطَلَّقها الزَّوْجُ[82] قبلَ دُخُولِه بها ، أو ارْتَدَّتْ ، فهل يَلْزَمُ رَدُّ المائَةِ إلى دافِعِها أو على المُشْتَرِى والزَّوْجِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحَدُهما ، على الدَّافِعِ ؛ لأنَّ القَبْضَ حَصَلَ منه ، فالرَّدُّ عليه ، كالتى قَبْلَها . والثَّانى ، على الزَّوْجِ والمُشْتَرِى ؛ لأنَّ قَضاءَه بمَنْزِلَةِ الهِبَةِ لهما ، بدَلِيلِ بَراءَةِ ذِمَّتِها منه ، والهِبَةُ المَقْبُوضَةُ[83] لا يجوز الرُّجُوعُ فيها . وإنْ كان الدَّفْعُ بإذْنِ المُشْتَرِى والزَّوْجِ ، احْتَمَلَ أنْ يكونَ الحُكْمُ فيه كما لو قضاهُ بغيرِ إذْنِه ، إذا كان فَعَلَ ذلك على سَبِيلِ التَّبَرُّعِ عليه ، واحْتَمَلَ أنْ يكونَ رَدُّه على الزَّوْجِ / والمُشْتَرِى ، إذا كان عَقْدُهما صَحِيحًا بكُلِّ حالٍ ؛ لأنَّ إذْنَهما فى تَسْلِيمِه إلى مَن له الدَّيْنُ عليهما إذا اتَّصَلَ به القَبْضُ ، جَرَى مجْرَى قَبُولِه وقَبْضِه ، بِخِلَافِ ما إذا لم يَأْذَنْ . وإنْ أذِنا فى دَفْعِ ذلك عنهما قَرْضًا ، فإنَّ الرَّدَّ يكونُ عليهما ، والمُقْرِضُ يَرْجِعُ عليهما بعِوَضِه .

٥/٤٨ و

فصل : إذا قال العَبْدُ لرَجُلٍ : ابْتَعْنِى مِن سَيِّدِى . ففَعَلَ ، فبانَ العَبْدُ مُعْتَقًا ، فالضَّمانُ على السَّيِّدِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال أبو حنيفةَ ؛ إنْ كان السَّيِّدُ حاضِرًا حِينَ غَرَّه العَبْدُ ، وإنْ كان غائِبًا فَالضَّمانُ على العَبْدِ ؛ لأنَّ الغَرُورَ[84] منه . ولَنا ، [85]أنَّ السَّيِّدَ[85] قَبَضَ الثَّمَنَ بغير اسْتِحْقاقٍ ، وضَمِنَ العُهْدَةَ ، فكان الضَّمانُ عليه ، كما لو كان حاضِرًا . وإنْ بانَ العَبْدُ مَغْصُوبًا ، أو به عَيْبٌ ، فرَدَّه ، فالضَّمانُ على السَّيِّدِ ؛ لِما ذَكَرْنا .

---

(٨٢) سقط من : الأصل .

(٨٣) فى م : « المقروضة » .

(٨٤) فى م : « الضرر » .

(٨٥ – ٨٥) سقط من : م .

فصل : وإنِ اشْتَرَى اثنانِ عَبْدًا ، فغابَ أَحَدُهما ، وجاءَ الآخَرُ يَطْلُبُ نَصِيبَه منه ، فلَهُ ذلك . وقال أبو حنيفةَ : ليس له ذلك ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه تَسْلِيمُه إلَّا بتَسْلِيمِ نَصِيبِ الغائِبِ ، وليس له تَسْلِيمُه بغيرِ إذْنِه . ولَنا ، أنَّه طَلَبَ حِصَّتَه ، فكان له ذلك ، كما لو أَوْجَبَ لكُلِّ واحدٍ مِنهما مُنْفَرِدًا . وما ذَكَرُوه يَبْطُلُ بهذه الصُّورَةِ . وإنْ قال الحاضِرُ : أنا أَدْفَعُ جَمِيعَ الثَّمَنِ ، وتَدْفَعُ إلىَّ جَمِيعَ العَبْدِ . لم يَكُنْ له ذلك . وقال أبو حنيفةَ : له ذلك . ولَنا ، أنَّ شَرِيكَه لم يَأْذَنْ للحَاضِرِ فى قَبْضِ نَصِيبِه ، ولا للبَائِعِ فى دَفْعِه إليه ، فلم يَكُنْ لهما ذلك ، كما لو كانا حاضِرَيْنِ . فإنْ سُلِّمَ إليه ، فتَلِفَ العَبْدُ ، فللغائِبِ تَضْمِينُ أَيِّهما شاءَ ؛ لأنَّ الدَّافِعَ فَرَّطَ بدَفْعِ مالِه بغيرِ إذْنِه ، والشَّرِيكَ قَبَضَ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه . فإنْ ضَمِنَ الشَّرِيكُ ، لم يَرْجِعْ على أَحَدٍ ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ فى يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه . وإنْ ضَمِنَ الدَّافِعُ ، رَجَعَ على القابِضِ لذلك . ويَقْوَى عِنْدِى أنَّه إذا لم يُمْكِنْ تَسْلِيمُ نَصِيبِ أَحَدِ المُشْتَرِيَيْنِ إليه إلَّا بتَسْلِيمِ نَصِيبِ صاحِبِه ، أنَّه لا يجوزُ التَّسْلِيمُ إليه ؛ لما ذَكَرْنا هـٰهُنا .

فصل : ويُسْتَحَبُّ الإشهادُ فى البَيْعِ ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوٓاْ / إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾[86] . وأَقَلُّ أحوالِ الأمرِ الاسْتِحْبابُ . ولأنَّه أَقْطَعُ للنِّزاعِ ، وأَبْعَدُ مِنَ التَّجاحُدِ ، فكان أَوْلَى ، ويَخْتَصُّ ذلك بما له خَطَرٌ ، فأمَّا الأشياءُ القَلِيلَةُ الخَطَرِ ، كحَوائِجِ البَقَّالِ ، والعَطّارِ ، وشِبْهِهِما ، فلا يُسْتَحَبُّ ذلك فيها ؛ لأن العُقُودَ فيها[87] تَكْثُرُ ، فيَشُقُّ الإشهادُ عليها ، وتَقْبُحُ إقامَةُ البَيِّنَةِ عليها ، والتَّرافُعُ إلى الحاكِمِ من أَجْلِها ، بخِلافِ الكَثِيرِ . وليس الإشهادُ بواجِبٍ فى واحِدٍ مِنهما ، ولا شَرْطًا له . رُوِىَ ذلك عن أبى سَعِيدٍ الخُدْرِىِّ ، وهو قولُ الشّافِعِىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ ، وإسحاقَ ، وأبى أيُّوبَ . وقالت طائِفَةٌ : ذلك فَرْضٌ لا يجوزُ تَرْكُه . ورُوِىَ ذلك عن ابنِ عَبّاسٍ . ومِمَّن رأى الإشهادَ على البَيْعِ عَطاءٌ ، وجابرُ بن زَيْدٍ ، والنَّخَعِىُّ ؛

٤٨/٥ ظ

---

(٨٦) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٨٧) سقط من : م .

لظاهِرِ الأمْرِ ، ولأنه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فيَجِبُ الإشهادُ عليه كالنِّكاحِ . ولنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾[88] . وقال أبو سَعِيدٍ : صارَ الأمْرُ إلى الأمانَةِ . وتَلَا هذه الآيَةَ ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا ، ورَهَنَهُ دِرْعَهُ[89] ، واشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ سَرَاوِيلَ[90] ، ومِنْ أعْرَابِيٍّ فَرَسًا ، فجَحَدَهُ الأعْرَابِيُّ حَتَّى شَهِدَ له خُزَيْمَةُ بن ثابتٍ[91] ، ولم يُنْقَلْ أنَّه أشْهَدَ فى شىءٍ من ذلك . وكان الصَّحابَةُ يَتَبايَعُونَ فى عَصْرِهِ فى الأسْواقِ ، فلم يَأْمُرْهُم بالإشْهادِ ، ولا نُقِلَ عَنْهم فِعْلُه ، ولم يُنْكِرْ عليهم النَّبِيُّ ﷺ ، ولو كانوا[92] يُشْهِدُونَ فى كلِّ بياعاتِهم لَمَا أُخِلَّ بِنَقْلِه . وقد أمَرَ النبيُّ ﷺ عُرْوَةَ بنَ الجَعْدِ أنْ يَشْتَرِىَ لَهُ أُضْحِيَّةً[93] . ولم يَأْمُرْهُ بالإشْهادِ ، وأخْبَرَهُ عُرْوَةُ أنَّه اشْتَرَى شاتَيْنِ فبَاعَ إحْدَاهُما ، ولم يُنْكِرْ عليه تَرْكَ الإشْهَادِ . ولأنَّ المُبايَعَةَ تَكْثُرُ بين الناس فى أسْواقِهم وغيرِها ، فلو وَجَبَ الإشْهَادُ فى كلِّ ما يَتَبَايَعُونَه ، أفْضَى إلى الحَرَجِ المَحْطُوطِ عَنَّا بقولِه

---

(٨٨) سورة البقرة ٢٨٣ .

(٨٩) انظر التخريج فى صفحة ٣٧٥ المتقدمة ، حاشيتى ٥٦ ، ٥٧ .

(٩٠) أخرجه أبو داود ، والترمذى ، والنسائى ، والدارمى ، فى : باب الرجحان فى الوزن ، من كتاب البيوع. سنن أبى داود ٢/ ٢٢٠ ، عارضة الأحوذى ٦/ ٣٩ ، المجتبى ٧/ ٢٥٠ ، سنن الدارمى ٢/ ٢٦٠ . كما أخرجه ابن ماجه ، فى الباب نفسه ، من كتاب التجارات ، وفى : باب لبس السراويل ، من كتاب اللباس . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٤٨ ، ١١٨٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٣٥٢ .

(٩١) أخرجه أبو داود ، فى : باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢/ ٧٦ ، ٢٧٧ . والنسائى ، فى : باب التسهيل فى ترك الإشهاد على البيع ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٦٥ ، ٢٦٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٢١٥ ، ٢١٦ .

(٩٢) فى الأصل ، م : « وكانوا » .

(٩٣) أخرجه البخارى ، فى : باب حدثنا على بن عبد الله ... ، من كتاب المناقب . صحيح البخارى ٤/ ٢٥٢ وأبو داود ، فى : باب فى المضارب يخالف ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٩ والترمذى ، فى : باب حدثنا أبو كريب ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٦٣ . وابن ماجه ، فى : باب الأمين يتجر فيه فيربح ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٠٣ .

تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[٩٤] . والآيةُ ، المَرادُ بها الإرْشادُ إلى حِفْظِ الأَمْوَالِ والتَّعْلِيمِ ، كما أمَرَ بالرَّهْنِ والكَاتِبِ ، وليس بِوَاجِبٍ ، وهذا ظَاهِرٌ .

فصل : ويُكْرَهُ البَيْعُ والشِّراءُ فى المَسْجِدِ . وبه قال إسْحاقُ ؛ لما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ / قال : « إذَا رَأَيْتُمْ مَنْ يَبِيعُ أو يَبْتَاعُ فى المَسْجِدِ ، فَقُولُوا : لا أَرْبَحَ اللهُ تِجَارَتَكَ ، وإذَا رَأَيْتُمْ مَنْ يَنْشُدُ ضَالَّةً فى المَسْجِدِ ، فقُولُوا : لا رَدَّ[٩٥] اللهُ عَلَيْكَ » . أخْرَجَهُ التِّرمِذِىُّ[٩٦] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ ، ولأنَّ المَساجِدَ لم تُبْنَ لهذا . ورَأَى عِمْرَانُ القَصِيرُ[٩٧] رَجُلًا يَبِيعُ فى المَسجِدِ ، فقال : هذه سُوقُ الآخِرَةِ ، فإن أرَدْتَ التِّجارَةَ فاخْرُجْ إلى سُوقِ الدُّنْيَا . فإن باعَ فَالبَيْعُ صَحِيحٌ ؛ لأنَّ البَيْعَ تَمَّ بأرْكانِه وشُرُوطِه ، ولم يَثْبُتْ وُجُودُ مُفْسِدٍ له ، وكَراهَةُ ذلك لا تُوجِبُ الفَسادَ ، كالغِشِّ فى البَيْعِ والتَّدْلِيسِ والتَّصْرِيَةِ . وفى قولِ النبىِّ ﷺ : « قُولُوا : لا أَرْبَحَ اللهُ تِجارَتَكَ » . مِن غيرِ إخْبارٍ بِفَسادِ البَيْعِ ، دَلِيلٌ على صِحَّتِه ، واللهُ أعْلَمُ .

٤٩/٥ و

---

(٩٤) سورة الحج ٧٨ .

(٩٥) فى م : « ردها » .

(٩٦) فى : باب النهى عن البيع فى المسجد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٦/٦١ . والدارمى ، فى : باب النهى عن استنشاد الضالة فى المسجد ... ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمى ١/٣٢٦ . والحاكم ، فى : باب النهى عن البيع فى المسجد ... ، من كتاب البيوع . المستدرك ٢/٥٦ .

(٩٧) أبو بكر عمران بن مسلم القصير ، ثقة ، يروى عن أبى رجاء العطاردى وغيره . اللباب ٢/٢٦٨ ، ميزان الاعتدال ٣/٢٤٢ ، تهذيب التهذيب ٨/١٣٧ – ١٣٩ .

٤/١ ظ

/ كِتابُ[١] السَّلَمِ

وهو أن يُسْلِمَ عِوَضًا حاضِرًا ، فى عِوَضٍ مَوْصُوفٍ فى الذِّمَّةِ إلى أجَلٍ ، ويُسَمَّى سَلَمًا ، وسَلَفًا . يقال : أسْلَمَ ، وأسْلَفَ ، وسَلَّفَ . وهو نَوْعٌ مِن البَيْعِ ، يَنْعَقِدُ بما يَنْعَقِدُ به البَيْعُ ، وبِلَفْظِ السَّلَمِ والسَّلَفِ ، ويُعْتَبَرُ فيه من الشُّرُوطِ ما يُعْتَبَرُ فى البَيْعِ ، وهو جائِزٌ بالكِتابِ والسُّنَّةِ والإِجْماعِ ؛ أمَّا الكِتابُ ، فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾[٢] ، ورَوَى سَعِيدٌ بإسْنادِهِ عن ابنِ عَبَّاسٍ ، أنَّه قال : أشْهَدُ أنَّ السَّلَفَ المَضْمُونَ إلى أجَلٍ مُسَمًّى قد أحَلَّهُ اللهُ فى كِتابِه ، وأذِنَ فيه ، ثُمَّ قَرَأَ هذه الآيَةَ . ولأنَّ هذا اللَّفْظَ يَصْلُحُ[٣] لِلسَّلَمِ ويَشْمَلُه بِعُمُومِه . وأمَّا السُّنَّةُ ، فرَوَى ابنُ عَبَّاسٍ عن رسولِ اللهِ ﷺ ، [٤]أنَّه قَدِمَ[٤] المَدِينَةَ وهُمْ يُسْلِفُونَ فى الثِّمارِ السَّنَتَيْنِ والثَّلاثَ ، فقال : « مَنْ أسْلَفَ فِى شَىْءٍ فَلْيُسْلِفْ فى كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ ، إلَى أجَلٍ مَعْلُومٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[٥] ، ورَوَى

---

(١) فى م : « باب » .

وهذا أول الجزء الرابع من نسخة الأصل المحفوظة بدار الكتب المصرية برقم ٢٠ فقه حنبلى .

(٢) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٣) فى ا : « يصح » .

(٤ - ٤) فى م : « أنهم قدموا » .

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب السلم فى وزن معلوم ، وباب السلم إلى أجل معلوم ، من كتاب السلم . صحيح البخارى ١١١/٣ ، ١١٣ . ومسلم ، فى : باب السلم ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٢٧/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى السلف ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٦/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى السلف فى الطعام والتمر ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٤٨/٦ . والنسائى ، فى : باب السلف فى الثمار ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٥/٧ . وابن ماجه ، فى : باب السلف فى كيل معلوم .. ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٥/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٢٢/١ .

البُخارِىُّ[٦] عن محمدِ بنِ أبى المُجالِدِ ، قال : أَرْسَلَنِى أبو بُرْدَةَ وعبدُ اللهِ بنُ شَدَّادٍ إلى عبدِ الرَّحمنِ بنِ أَبْزَى وعبدِ الله بنِ أبى أَوْفَى ، فسأَلْتُهُما عن السَّلَفِ ، فقالا : كنَّا نُصِيبُ المَغَانِمَ مَعَ رسولِ الله ﷺ ، فكان يَأْتِينَا أَنْبَاطٌ مِنْ أَنْبَاطِ الشَّامِ ، فَنُسَلِّفُهُم فى الحِنْطَةِ والشَّعِيرِ والزَّبِيبِ[٧] . فقلتُ : أكانَ لَهُمْ زَرْعٌ ، أمْ لَمْ يَكُنْ لَهُم زَرْعٌ ؟ قال : ما كنَّا نَسْأَلُهُم عن ذلك . وأمَّا الإجْماعُ ، فقال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَنْ نَحْفَظُ عنه مِنْ أَهْلِ العِلْمِ على أنَّ السَّلَمَ جائِزٌ ، ولأنَّ المُثْمَنَ فى البَيْعِ أحَدُ عِوَضَىِ العَقْدِ ، فجازَ أن يَثْبُتَ فى الذِّمَّةِ ، كالثَّمَنِ ، ولأنَّ بالنَّاسِ حَاجَةً إليه ؛ لأنَّ أرْبابَ الزُّرُوعِ والثِّمَارِ والتِّجاراتِ يَحْتاجُونَ إلى النَّفَقَةِ على أنْفُسِهِمْ وعليها ؛ لِتَكْمُلَ ، وقد تُعْوِزُهُم[٨] النَّفَقَةُ ، فجَوَّزَ لهم السَّلَمَ ؛ لِيَرْتَفِقُوا ، ويَرْتَفِقَ المُسْلِمُ بالاسْتِرْخاصِ .

٧٧٣ ـ مسألة ؛ قال أبو القَاسِمِ ، رَحِمَهُ اللهُ : (وكُلُّ ما ضُبِطَ بِصِفَةٍ ، فالسَّلَمُ فيه جَائِزٌ)

وجملةُ ذلك ، أنَّ / السَّلَمَ ، لا يَصِحُّ إلَّا بِشُرُوطٍ سِتَّةٍ :   ٢/٤ و

أحدُها ، أن يكونَ المُسْلَمُ فيه مما يَنْضَبِطُ بالصِّفاتِ التى يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بِاخْتِلافِها ظاهِرًا ، فيَصِحُّ فى الحُبُوبِ ، والثِّمَارِ ، والدَّقِيقِ ، والثِّيابِ ، والإبْرِيسَمِ ،

---

(٦) فى : باب السلم فى وزن معلوم ، و : باب السلم إلى من ليس عنده أصل ، من كتاب السلم . صحيح البخارى ١١١/٣ ، ١١٢ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى السلف ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٧/٢ . والنسائى ، فى : باب السلم فى الطعام ، و : باب السلم فى الزبيب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٥/٧ . وابن ماجه ، فى : باب السلف فى كيل معلوم ... ، من كتاب التجارات ، سنن ابن ماجه ٧٦٥/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٨٠/٤ .

(٧) فى الأصل : « والزيت » . وهو فى : باب السلم إلى من ليس عنده أصل ، من كتاب السلم . فى صحيح البخارى .

(٨) فى ا : « تعوز » .

(١) سقط من : الأصل .

والقُطْنِ ، والكَتَّانِ ، والعِنَبِ[٢] ، والصُّوفِ ، والشَّعْرِ ، والكاغدِ[٣] ، والحَدِيدِ ، والرَّصاصِ ، والصُّفْرِ ، والنُّحاسِ ، والأدْوِيَةِ ، والطِّيبِ ، والخُلُولِ ، والأدْهانِ ، والشُّحُومِ ، والألْبانِ ، والزِّئْبَقِ ، والشَّبِّ ، والكِبْرِيتِ ، والكُحْلِ ، وكلِّ مَكِيلٍ ، أو مَوْزُونٍ ، أو مَزْرُوعٍ ، وقد جاء الحَدِيثُ فى الثِّمَارِ ، وحَدِيثُ ابنِ أبى أوْفَى فى الحِنْطَةِ ، والشَّعِيرِ ، والزَّبِيبِ ، والزَّيْتِ[٤] . وأجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على أنَّ السَّلَمَ فى الطَّعامِ جائِزٌ ، قالَه ابنُ المُنْذِرِ . وأجْمَعُوا على جَوازِ السَّلَمِ فى الثِّيابِ . ولا يَصِحُّ السَّلَمُ فيما لا يَنْضَبِطُ بالصِّفَةِ ، كالجَوْهَرِ من اللُّؤْلُؤِ ، والياقُوتِ ، والفَيْرُوزَجِ ، والزَّبَرْجَدِ ، والعَقِيقِ ، والبَلُّورِ ؛ لأنَّ أثمانَها تَخْتَلِفُ اخْتِلافًا مُتَبايِنًا بالصِّغَرِ ، والكِبَرِ ، وحُسْنِ التَّدْوِيرِ ، وزِيادَةِ ضَوْئِها ، وصَفائِها ، ولا يُمكنُ تَقْدِيرُها بِبَيْضِ العُصْفُورِ ، ونحوِه ؛ لأنَّ ذلك يَخْتَلِفُ ؛ ولا بشىءٍ مُعَيَّنٍ ، لأنَّ ذلك يَتْلَفُ . وهذا قولُ الشَّافِعِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وحُكِىَ عن مالكٍ صِحَّةُ السَّلَمِ فيها ، إذا اشْتَرَطَ منها شَيْئًا مَعْلُومًا ، وإن كان وَزْنًا ، فَبِوَزْنٍ مَعْرُوفٍ . والذى قُلْناه أوْلَى ؛ لما ذَكَرْنا . ولا يَصِحُّ فيما يَجْمَعُ أخْلاطًا مَقْصُودَةً غيرَ مُتَمَيِّزَةٍ ، كالغالِيَةِ[٥] ، والنَّدِّ[٦] ، والمَعاجِينِ التى يُتَداوَى بها ؛ لِلجَهْلِ بها ، ولا فى الحَوامِلِ مِن الحَيَوانِ ؛ لأنَّ الوَلَدَ مَجْهُولٌ غيرُ مُتَحَقِّقٍ ، ولا فى الأوانِى المُخْتَلِفَةِ الرُّءُوسِ والأوْساطِ ؛ لأنَّ الصِّفَةَ لا تَأْتِى عليه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يَصِحُّ السَّلَمُ فيه إذا ضُبِطَ بارْتِفاعِ حائِطِه ، ودَوْرِ أعْلاه وأسْفَلِه ؛ لأنَّ التَّفاوُتَ فى ذلك يَسِيرٌ ، ولا يَصِحُّ فى القِسِىِّ المُشْتَمِلَةِ على الخَشَبِ ، والقَرْنِ[٧] ، والعصبِ[٨] ، والتُّوزِ[٩] ، إذ لا يُمكنُ ضَبْطُ مَقادِيرِ ذلك ، وتَمْيِيزُ ما فيه

---

(٢) سقط من : ا ، م .

(٣) الكاغد : الورق .

(٤) تقدم تخريجه فى الصفحة السابقة .

(٥) الغالية : أخلاط من الطيب كالمسك والعنبر .

(٦) الند : ضرب من النبات يتبخر بعوده .

(٧) القرن : الحبل المفتول من لحاء الشجر ، والخصلة المفتولة من العهن .

(٨) العصب : شجر اللبلاب . وما يعصب به .

(٩) التوز : شجر .

منها . وقيل : يجوزُ السَّلَمُ فيها ، والأَوْلَى ما ذَكَرْنا . قال القاضِى : والذى يَجْمَعُ أخْلاطًا على أَرْبَعَةِ أضْرُبٍ ؛ أحدها ، مُخْتَلِطٌ مَقْصُودٌ مُتَمَيِّزٌ ، كالثِّياب المَنْسُوجَةِ من قُطْنٍ وكَتَّانٍ ، أو قُطْنٍ وإبْرِيسَمَ ، فيَصِحُّ السَّلَمُ فيها ؛ لأنَّ ضَبْطَها مُمْكِنٌ . الثانى ، ما خَلْطُهُ لِمَصْلَحَتِه ، وليس بِمَقْصُودٍ فى نَفْسِه ، / كالإِنْفَحَّةِ فى الجُبْنِ ، والمِلْحِ فى العَجِينِ والخُبْزِ ، والماءِ فى خَلِّ التَّمْرِ والزَّبِيبِ ، فيَصِحُّ السَّلَمُ فيه ؛ لأنَّه يَسِيرٌ لِمَصْلَحَتِه . الثالث ، أخْلاطٌ مَقْصُودَةٌ غيرُ مُتَمَيِّزَةٍ ، كالغالِيَةِ والنَّدِّ والمَعاجِينِ ، فلا يَصِحُّ السَّلَمُ فيها ؛ لأنَّ الصِّفَةَ لا تَأْتِى عليها . الرابع ، ما خَلْطُه غيرُ مَقْصُودٍ ، ولا مَصْلَحَةَ فيه ، كاللَّبَنِ المَشُوبِ بالماءِ ، فلا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه .

٢/٤ ظ

فصل : ويَصِحُّ السَّلَمُ فى الخُبْزِ ، واللِّبَإِ ، وما أمْكَنَ ضَبْطُه ممَّا مَسَّتْهُ النَّارُ . وقال الشَّافِعِىُّ : لا يَصِحُّ السَّلَمُ فى كلِّ مَعْمُولٍ بالنَّارِ ؛ لأنَّ النارَ تَخْتَلِفُ ، ويَخْتَلِفُ عَمَلُها ، ويَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بذلك . ولَنا : قولُه عليه السلامُ : « مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ فى كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أو وَزْنٍ مَعْلُومٍ »[10] . فظاهِرُ هذا إباحَةُ السَّلَمِ فى كلِّ مَكِيلٍ ومَوْزُونٍ ومَعْدُودٍ ، ولأنَّ عَمَلَ النَّارِ فيه مَعْلُومٌ بالعادَةِ ، ممكنٌ ضَبْطُه بالنَّشافَةِ ، والرُّطُوبَةِ ، فصَحَّ السَّلَمُ فيه ، كالمُجَفَّفِ بالشَّمْسِ . فأمَّا اللَّحْمُ المَطْبُوخُ ، والشِّواءُ ، فقال القاضِى : لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ ذلك يَتفاوَتُ كَثِيرًا ، وعاداتُ الناسِ فيه مُخْتَلِفَةٌ ، فلم يُمْكِنْ ضَبْطُه . وقال بعضُ أصْحابِنا : يَصِحُّ السَّلَمُ فيه ؛ لما ذَكَرْنا فى الخُبْزِ واللِّبَإِ .

فصل : ويَصِحُّ السَّلَمُ فى النُّشَّابِ والنَّبْلِ . وقال القاضِى : لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيهما . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه يَجْمَعُ أخْلاطًا من خَشَبٍ ، وعَقَبٍ[11] ورِيشٍ ، ونَصْلٍ ، فجَرَى مَجْرَى أخْلاطِ الصَّيادِلَةِ ، ولأنَّ فيه رِيشًا نَجِسًا ؛ لأنَّ رِيشَهُ من جَوارِحِ الطَّيْرِ . ولَنا ، أنَّه ممَّا يَصِحُّ بَيْعُه ، ويُمكنُ ضَبْطُهُ بالصِّفاتِ التى لا يَتفاوَتُ

---

(١٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٤ .

(١١) العقب ، بالتحريك : العصب تعمل منه الأوتار .

الثَّمَنُ معها غالِبًا ، فصَحَّ السَّلَمُ فيه ، كالخشَبِ والقَصَبِ ، وما فيه من غيرِه مُتَمَيِّزٌ ، يمكنُ ضَبْطُه والإحاطَةُ به ، ولا يَتفاوَتُ كَثِيرًا ، فلا يُمْنَعُ ، كالثِّيابِ المَنْسُوجَةِ من جِنْسَيْنِ ، وقد يكون الرِّيشُ طاهِرًا ، وإن كان نَجِسًا ، لٰكِن يَصِحُّ بَيْعُه ، فلم يُمْنَع السَّلَمُ فيه ، كَنَجاسَةِ البَغْلِ والحِمارِ .

فصل : واخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ فى السَّلَمِ فى الحَيوانِ ، فَرُوِىَ ، لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه . وهو قولُ الثَّوْرِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْى . وَرُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وابنِ مَسْعُودٍ ، وحُذَيْفَةَ ، وسعيدِ بنِ جُبَيْرٍ ، والشَّعْبِىِّ ، والجُوزَجَانِىِّ ؛ لما رُوِىَ عن عمرَ بنِ الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه أنَّه قال : إنَّ مِن الرِّبَا أَبْوَابًا لا تَخْفَى ، / وإنَّ منها السَّلَمَ فى السِّنِّ . ولأنَّ الحَيوانَ يَخْتَلِفُ اخْتِلافًا مُتَبايِنًا ، فلا يمكنُ ضَبْطُه . وإن اسْتَقْصَى صِفاتِه التى يَخْتَلِفُ بها الثَّمَنُ ، مثل : أَزَجُّ الحاجِبَيْنِ[١٢] ، أَكْحَلُ العَيْنَيْنِ، أَقْنَى الأنْفِ[١٣] ، أَشَمُّ العِرْنِينِ[١٤] ، أَهْدَبُ الأَشْفَارِ[١٥] ، أَلْمَى الشَّفَةِ[١٦] ، بَدِيعُ الصِّفَةِ . تَعَذَّرَ تَسْلِيمُه ؛ لِنَدْرَةِ وُجُودِه على تلك الصِّفَةِ . وظَاهِرُ المَذْهَبِ ، صِحَّةُ السَّلَمِ فيه . نَصَّ عليه ، فى رِوَايَةِ الأَثْرَمِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : وممَّن رَوَيْنَا عنه أنَّه لا بَأْسَ بالسَّلَمِ فى الحَيَوانِ ؛ ابنُ مَسْعُودٍ ، وابنُ عَبَّاسٍ ، وابنُ عمر ، وسعيدُ بن المُسَيَّبِ ، والحَسنُ ، والشَّعْبِىُّ ، ومُجَاهِدٌ ، والزُّهْرِىُّ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ . وحَكَاهُ الجُوزَجَانِىُّ عن عَطَاءٍ ، والحَكَمِ . لأن أبَا رَافِعٍ قال : اسْتَسْلَفَ النبىُّ ﷺ من رَجُلٍ بَكْرًا . رَوَاهُ مُسْلِمٌ[١٧] . ورَوَى

٣/٤ و

---

(١٢) زَجُّ الحاجب ، دقٌّ فى الطول وتقوُّس .

(١٣) قَنِىَ الأنفُ ، ارتفع وسط قصبته وضاق منخراه .

(١٤) شَمَّ الأنْفُ ، ارتفعت قصبته قليلًا فى استواء .

(١٥) شَفرُ الجفن ، حرفه الذى ينبت عليه الهدب . وأهدب الأشفار ، طويلها .

(١٦) اللَّمَى : سمرة فى الشفة تستحسن .

(١٧) فى : باب من استسلف شيئا ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٢٤/٣ . =

عبدُ الله بنُ عمْرِو بن العَاصِ قال : أَمَرَنِى رسولُ اللهِ ﷺ أن أَبْتَاعَ البَعِيرَ بِالبَعِيرَيْنِ وبالأَبْعِرَةِ إلى مَجِىءِ المُصَدِّقِ[18] . وقد ذَكَرْنَا هذا الحَدِيثَ فى بَابِ الرِّبَا[19] . ولأنه ثَبَتَ فى الذِّمَّةِ صَدَاقًا ، فثَبَتَ فى السَّلَمِ كالثِّيَابِ ، فأمَّا حَدِيثُ عُمرَ ، فلم يَذْكُرْهُ أصْحَابُ الاخْتِلَافِ ، ثم هو مَحْمُولٌ على أنَّهم يَشْتَرِطُونَ من ضِرَابِ فَحْلِ بَنِى فُلَانٍ . قال الشَّعْبِىُّ : إنَّما كَرِهَ ابنُ مَسْعُودٍ السَّلَفَ فى الحَيَوانِ ؛ لأنَّهم اشْتَرَطُوا نِتَاجَ فَحْلٍ مَعْلُومٍ . رَوَاهُ سَعِيدٌ . وقد رُوِىَ عن عَلِىٍّ ؛ أنَّه بَاعَ جَمَلًا له يُدْعَى عُصَيْفِيرًا ، بِعِشْرِينَ بَعِيرًا ، إلى أجَلٍ . ولو ثَبَتَ قولُ عمرَ فى تَحْرِيمِ السَّلَمِ فى الحَيَوانِ ، فقد عارَضَهُ قولُ مَن سَمَّيْنَا ممَّن وَافَقَنَا .

فصل : واخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ (20 فى السَّلَمِ 20) فى غير الحَيَوانِ ، ممَّا لا يُكَالُ ولا يُوزَنُ ولا يُزْرَعُ ، فنَقَلَ إسْحاقُ بن إبراهِيمَ ، عن أحمدَ ، أنَّه قال : لا أَرَى السَّلَمَ إلَّا فيما يُكَالُ أو يُوزَنُ أو يُوقَفُ عليه . قال أبو الخَطَّابِ : مَعْنَاهُ يُوقَفُ عليه بِحَدٍّ مَعْلُومٍ (21 لا يَخْتَلِفُ 21) ، كالزَّرْعِ ، فأما الرُّمَّانُ والبَيْضُ ، فلا أَرَى السَّلَمَ فيه . وحَكَى ابنُ المُنْذِرِ عنه وعن إسحاقَ ، أنَّه لا خَيْرَ فى السَّلَمِ فى الرُّمَّانِ ، والسَّفَرْجَلِ ، والبِطِّيخِ ، والقِثَّاءِ ، والخِيَارِ ؛ لأنَّه لا يُكَالُ ولا يُوزَنُ ، ومنه الصَّغِيرُ والكَبِيرُ . فعلى هذه الرِّوَايَةِ ، لا يَصِحُّ السَّلَمُ فى كلِّ مَعْدُودٍ مُخْتَلِفٍ ، كالذى سَمَّيْنَاه ،

= كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى حسن القضاء ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٢٢ . والنسائى ، فى : باب استسلاف الحيوان واستقراضه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٥٦ . وابن ماجه ، فى : باب السلم فى الحيوان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦٧ . والإمام مالك ، فى : باب ما يجوز من السلف ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٨٠ . والدارمى ، فى : باب فى الرخصة فى استقراض الحيوان ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٥٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٣٩٠ .

(١٨) فى ا ، م : « الصدقة » .

(١٩) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٤ .

(٢٠ – ٢٠) سقط من : م .

(٢١ – ٢١) سقط من : الأصل .

وكالبُقُولِ ؛ لأنَّه يَخْتَلِفُ ، ولا يمكنُ تَقْدِيرُ البَقْلِ بالحَزْمِ ؛ لأنَّ الحَزْمَ يُمْكِنُ فى الصَّغِيرِ والكَبِيرِ ، فلم يَصِحَّ السَّلَمُ فيه ، كالجَوَاهِرِ . ونَقَلَ / إسماعيلُ بنُ سعيدٍ وابنُ منصورٍ ، جَوَازَ السَّلَمِ فى الفَوَاكِهِ ، والسَّفَرْجَلِ ، والرُّمَّانِ ، واللَّوْزِ[22] ، والخَضْرَوَاتِ ، ونحوِها ؛ لأنَّ كَثِيرًا من ذلك ممَّا يَتَقَارَبُ ويَنْضَبِطُ بالصِّغَرِ والكِبَرِ ، وما لا يَتَقَارَبُ يَنْضَبِطُ بالوَزْنِ ، كالبُقُولِ ونحوِها ، فصَحَّ السَّلَمُ فيه ، كالمَزْرُوعِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ . وحَكَى ابنُ المُنْذِرِ عن الشَّافِعِيِّ المَنْعَ من السَّلَمِ فى البَيْضِ والجَوْزِ . ولعلَّ هذا قولٌ آخَرُ ، فيكونُ له فى ذلك قَوْلَانِ .

٣/٤ ظ

فصل : فأما السَّلَمُ فى الرُّءُوسِ والأَطْرَافِ ، فيُخَرَّجُ فى صِحَّةِ السَّلَمِ فيها الخِلَافُ الذى ذَكَرْنَا . وللشَّافِعِيِّ فيها قَوْلَانِ أيضا ، كالرِّوَايَتَيْنِ ؛ أحدُهما : يجوزُ . وهو قولُ مَالِكٍ ، والأَوْزَاعِيِّ ، وأبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه لَحْمٌ فيه عَظْمٌ يجوزُ شِرَاؤُه ، فجَازَ السَّلَمُ فيه ، كبَقِيَّةِ اللَّحْمِ . والآخر ، لا يجوزُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ أَكْثَرَهُ العِظَامُ والمَشَافِرُ ، واللَّحْمُ فيه قَلِيلٌ ، وليس بمَوْزُونٍ ، بخِلَافِ اللَّحْمِ . فإن كان مَطْبُوخًا ، أو مَشْوِيًّا ، فقال الشَّافِعِيُّ : لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه . وهو قِيَاسُ قولِ القاضى ؛ لأنه يَتَنَاثَرُ ويَخْتَلِفُ . وعلى قَوْلِ غيرِ القاضى من أصْحابِنَا ، حُكْمُ مَا مَسَّتْهُ النَّارُ من ذلك حُكْمُ غيره . وبه قال مَالِكٌ ، والأَوْزَاعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ . والعَقْدُ يَقْتَضِيهِ سَلِيمًا من التَّأْثُّرِ ، والعادَةُ فى طَبْخِه تَتَفَاوَتُ ، فأَشْبَهَ غيرَه .

فصل : وفى الجُلُودِ من الخِلَافِ مثلُ ما فى الرُّءُوسِ والأَطْرَافِ . وقال الشَّافِعِيُّ : لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيها ؛ لأنها تَخْتَلِفُ ، فالوَرِكُ[23] ثَخِينٌ قَوِىٌّ ، والصَّدْرُ ثَخِينٌ رِخْوٌ ، والبَطْنُ رَقِيقٌ ضَعِيفٌ ، والظَّهْرُ أَقْوَى ، فيَحْتَاجُ إلى وَصْفِ كلِّ مَوْضِعٍ منه ،

---

(٢٢) فى ا ، م : « والموز » .

(٢٣) فى م : « فالورق » تحريف .

ولا يمكن ذَرْعُهُ ؛ لِاخْتِلَافِ أَطْرَافِه . ولَنا ، أنَّ التَّفاوُتَ فى ذلك مَعْلُومٌ ، فلم يَمْنَعْ صِحَّةَ السَّلَمِ فيه ، كالحَيوانِ ؛ فإنَّه يَشْتَمِلُ على الرَّأْسِ والجِلْدِ والأَطْرَافِ واللَّحْمِ والشَّحْمِ وما فى البَطْنِ ، وكذلك الرَّأْسُ يَشْتَمِلُ على لَحْمِ الخَدَّيْنِ والأُذُنَيْنِ والعَيْنَيْنِ ، ويَخْتَلِفُ ذلك ، ولم يَمْنَعْ صِحَّةَ السَّلَمِ فيه ، كذا هٰهُنا .

فصل : ويَصِحُّ السَّلَمُ فى اللَّحْمِ . وبه قال مَالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يجوزُ ؛ لأنه يَخْتَلِفُ . ولَنا ، قَوْلُ النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ فِى كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ »[٢٤] . وظَاهِرُه إباحَةُ السَّلَمِ فى كلِّ مَوْزُونٍ . ولأنَّنا قد بَيَّنَّا جَوَازَ السَّلَمِ فى الحَيَوانِ ، فَاللَّحْمُ أَوْلَى .

الشَّرْطُ الثانى ، أن يَضْبِطَهُ بِصِفَاتِه / التى يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بها ظاهِرًا ، فإنَّ المُسْلَمَ فيه عِوَضٌ فى الذِّمَّةِ ، فلا بُدَّ من كَوْنِه مَعْلُومًا بالوَصْفِ كالثَّمَنِ ، ولأنَّ العِلْمَ شَرْطٌ فى المَبِيعِ ، وطَرِيقُه إمَّا الرُّؤْيَةُ وإمَّا الوَصْفُ ، والرُّؤْيَةُ مُمْتَنِعَةٌ هٰهُنا ، فتَعَيَّنَ الوَصْفُ . والأَوْصَافُ على ضَرْبَيْنِ : مُتَّفَقٍ على اشْتِراطِهَا ، ومُخْتَلَفٍ فيها . فالمُتَّفَقُ عليها ثلاثةُ أَوْصافٍ ؛ الجِنْسُ ، والنَّوْعُ ، والجَوْدَةُ والرَّداءَةُ . فهذه لابُدَّ منها فى كل مُسْلَمٍ فيه . ولا نَعْلَمُ بين أَهْلِ العِلْمِ خِلَافًا فى اشْتِرَاطِها . وبه يقولُ أبو حنيفةَ ، ومَالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ . الضَّرْبُ الثانى ، ما يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ باخْتِلَافِه ممَّا عَدَا هذه الثَّلَاثَة الأَوْصَافِ ، وهذه تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ المُسْلَمِ فيه ، ونَذْكُرُها عند ذِكْرِه . وذِكْرُهَا شَرْطٌ فى السَّلَمِ عند إمامِنَا والشَّافِعِىِّ . وقال أبو حنيفةَ : يَكْفِى ذِكْرُ الأَوْصافِ الثَّلَاثَةَ . لأنها تَشْتَمِلُ على ما وَرَاءَها من الصِّفَاتِ . ولَنا ، أنَّه يَبْقَى من الأَوْصَافِ ، من اللَّوْنِ والبَلَدِ ونحوِهما ، ما يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ والغَرَضُ لأَجْلِه ، فوَجَبَ ذِكْرُه ، كالنَّوْعِ . ولا يَجِبُ اسْتِقْصَاءُ كلِّ الصِّفَاتِ ؛ لأنَّ ذلك يَتَعَذَّرُ ، وقد يَنْتَهِى الحالُ فيها إلى أَمْرٍ يَتَعَذَّرُ تَسْلِيمُ المُسْلَمِ فيه ، إذ يَبْعُدُ وُجُودُ المُسْلَمِ فيه عند المَحلِّ بِتِلْكَ

---

(٢٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٤ .

الصِّفَاتِ كلها ، فيَجِبُ الاكْتِفَاءُ بالأَوْصافِ الظَّاهِرَةِ التى يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بها ظاهِرًا . ولو اسْتَقْصَى الصِّفَاتِ حتى انْتَهَى إلى حال يَنْدُرُ وُجُودُ المُسْلَم فيه بِتِلْكَ الأَوْصَافِ ، بَطَلَ السَّلَمُ ؛ لأَنَّ مِن شَرْطِ السَّلَمِ أن يكونَ المُسْلَمُ فيه عَامَّ الوُجُودِ عندَ المَحلِّ ، واسْتِقْصَاءُ الصِّفَاتِ يَمْنَعُ منه . ولو شَرَطَ الأَجْوَدَ ، لم يَصِحَّ أيضا ؛ لأنه لا يَقْدِرُ على الأَجْوَدِ . وإن قَدَرَ عليه كان نَادِرًا . وإن شَرَطَ الأَرْدَأَ احْتَمَلَ أنْ لا يَصِحَّ لذلك[٢٥] ، واحْتَمَلَ أن يَصِحَّ ؛ لأَنَّه[٢٦] يَقْدِرُ على تَسْلِيمِ ما هو خَيْرٌ منه ، فإنَّه لا يُسْلِّمُ شيئًا إلَّا كان خَيْرًا ممَّا شَرَطَهُ ، فلا يَعْجِزُ إذًا عن تَسْلِيمِ ما يَجِبُ قَبُولُه ، بخِلَافِ التى قَبْلَها . ولو أَسْلَمَ فى جارِيَةٍ وابْنَتِها ، لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّه لا بُدَّ أن يَضْبِطَ كلَّ واحِدَةٍ منهما بصِفَاتٍ ، ويَتَعَذَّرُ وُجُودُ تلك الصِّفَاتِ فى جارِيَةٍ وابْنَتِها . وكذلك إن أَسْلَمَ فى جَارِيَةٍ وأُخْتِها أو عَمَّتِها أو خَالَتِها أو ابْنَةِ عَمِّها ؛ لما ذَكَرْنا . ولو أَسْلَمَ فى ثَوْبٍ على صِفَةِ خِرْقَةٍ أَحْضَرَهَا ، لم يَجُزْ ؛ لِجَوَازِ أن تَهْلِكَ الخِرْقَةُ ، وهذا غَرَرٌ ، ولا حَاجَةَ إليه ، فمَنَعَ الصِّحَّةَ ، كما لو شَرَطَ مِكْيَالًا بِعَيْنِه ، أو صَنْجَةً بِعَيْنِها .

٤/٤ ظ /**فصل** : والجِنْسُ ، والجَوْدَةُ ، أو ما يَقُومُ مقَامَهَا ، شَرْطَانِ فى كلِّ مُسْلَمٍ فيه ، فلا حَاجَةَ إلى تَكْرِيرِ ذِكْرِهما فى كل مُسْلَمٍ فيه، ويذْكُرُ ما سِوَاهُما ، فيَصِفُ التَّمْرَ بأَرْبَعَةِ أَوْصَافٍ ؛ النَّوْعِ ، بَرْنِيٌّ أو مَعْقِلِيٌّ ، والبَلَدِ ، إن كان يَخْتَلِفُ ، فيقول : بَغْدَادِيٌّ ، أو بَصْرِيٌّ ؛ فإنَّ البَغْدَادِيَّ أَحْلَى وأَقَلُّ بَقَاءً لِعُذُوبَةِ الماءِ ، والبَصْرِيُّ بخِلَافِ ذلك . والقَدْرِ ، كِبَارٌ أو صِغَارٌ ، وحَدِيثٌ أو عَتِيقٌ . فإن أَطْلَقَ العَتِيقَ ، فأىُّ عَتِيقٍ أَعْطَى جازَ ، ما لم يكن مُسَوَّسًا ولا حَشَفًا ولا مُتَغَيِّرًا . وإن قال : عَتِيقُ عَامٍ أو عَامَيْنِ . فهو على ما قال . فأمَّا اللَّوْنُ ، فإنْ كان النَّوْعُ الواحِدُ مُخْتَلِفًا ،

---

(٢٥) فى م : « ذلك » .

(٢٦) فى الأصل ، م زيادة : « لا » .

كالطَّبَرْزدِ[٢٧] يكون أحْمَرَ ، ويكونُ أسْوَدَ ، ذَكَرَهُ ، وإلَّا فلا . والرُّطَبُ كالتَّمْرِ فى هذه الأَوْصَافِ ، إلَّا الحَدِيثَ والعَتِيق ، ولا يَأْخُذُ من الرُّطَبِ إلَّا ما أرْطَبَ كلُّه . ولا يَأْخُذُ منه مُشَدَّخًا[٢٨] ، ولا قَدِيمًا قَارَبَ أن يُتْمِرَ . وهكذا ما جَرَى مَجْرَاهُ ، من العِنَبِ والفَوَاكِهِ .

فصل : ويَصِفُ البُرَّ بأرْبَعَةِ أوْصَافٍ ؛ النَّوْع ، فيقولُ : سُبَيْلَةٌ[٢٩] أو سَلَمُونِى[٣٠] . والبَلَدِ ، فيقولُ : حَوْرَانِيٌّ[٣١] أو بَلْقاوِيٌّ[٣٢] أو سِمَالِيٌّ[٣٣] . وصِغَارُ الحَبِّ أو كِبَارُهُ ، وحَدِيثٌ أو عَتِيقٌ . وإن كان النَّوْعُ الواحدُ يَخْتَلِفُ لَوْنُه ، ذَكَرَهُ ، ولا يُسَلِّمُ فيه إلَّا مُصَفًّى ، وكذلك الحُكْمُ فى الشَّعِيرِ والقُطْنِيَّاتِ وسَائِرِ الحُبُوبِ .

فصل : ويَصِفُ العَسَلَ بِثَلَاثَةِ أوْصَافٍ ؛ البَلَدِىّ ، فِيجِيٌّ[٣٤] أو نحْوُه . ويُجْزِئُ ذلك عن النَّوْعِ . والزَّمَانِ ؛ رَبِيعِيٌّ أو خَرِيفِيٌّ ، أو صَيْفِيٌّ[٣٥] . واللَّوْنِ ؛ أبْيَضُ أو أحْمَرُ ، وليس له إلَّا مُصَفًّى من الشَّمْعِ .

---

(٢٧) الطبرزد : السكر الأبيض الصلب ، فارسى . المعرب للجواليقى ٢٧٦

(٢٨) المشدخ : بسر يغمز حتى ينشدخ ، أى يكسر .

(٢٩) السبيلة : لعلها تصغير السبلة ، وهى السنبلة .

(٣٠) السلمونى : نسبة إلى سلمون ، خمسة مواضع بمصر . انظر : تاج العروس (س ل م) ٣٤٤/٨ .

(٣١) الحورانى : نسبة إلى حوران ، كورة واسعة من أعمال دمشق ، ذات قرى ومزارع . معجم البلدان ٣٥٨/٢ .

(٣٢) البلقاوى : نسبة إلى البلقاء ، كورة من أعمال دمشق ، بين الشام ووادى القرى ، قصبتها عمَّان . معجم البلدان ٧٢٨/١ .

(٣٣) السمالى : لعله منسوب إلى السمال ، وهو جمع السملة ، الحمأة وبقية الماء فى الحوض .

(٣٤) الفيجى : نسبة إلى فيجة ، قرية بين دمشق والزبدانى ، عند مخرج نهر دمشق بردى . معجم البلدان ٩٢٦/٣ .

(٣٥) سقط من : م .

فصل : ولا بُدَّ فى الحَيَوانِ كلِّه مِن ذِكْرِ النَّوْعِ ، والسِّنِّ ، والذُّكُورِيَّةِ ، والأُنُوثِيَّةِ ، ويَذْكُرُ اللَّوْنَ إن كان النَّوْعُ الواحِدُ يَخْتَلِفُ ، ويَرْجِعُ فى سِنِّ الغُلَامِ إليه إن كان بَالِغًا ، وإن كان صَغِيرًا فالقولُ قولُ سَيِّدِه ، وإن لم يعلمْ رَجَعَ فى قولِه إلى أهْلِ الخِبْرَةِ ، على ما يَغْلِبُ على ظُنُونِهم تَقْرِيبًا . وإذا ذَكَرَ النَّوْعَ فى الرَّقِيقِ وكان مُخْتَلِفًا ، مثلَ التُّرْكِيِّ ؛ منهم الجِكِلِىُّ [٣٦] والخَزَرِىُّ [٣٧] ، فهل يَحْتَاجُ إلى ذِكْرِه ، أو يَكْفِى ذِكْرُ النَّوْعِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . ولا يَحْتَاجُ فى الجَارِيَةِ إلى ذِكْرِ [٣٨] الجُعُودَةِ والسُّبُوطَةِ ؛ لأنَّ ذلك لا يَخْتَلِفُ به الثَّمَنُ اخْتِلَافًا بَيِّنًا ، ومثلُ ذلك لا يُرَاعى ، كما فى صِفَاتِ الحُسْنِ والمَلَاحَةِ ، فإن ذَكَرَ شيئا مِن [٣٩] هذه الأوْصافِ [٣٩] ، لَزِمَهُ . [٤٠] ويَذْكُرُ الثُّيُوبَةَ والبَكَارَةَ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ يَخْتَلِفُ بذلك ويَتَعَلَّقُ به الغَرَضُ [٤٠] . ويَذْكُرُ القَدَّ ؛ خُمَاسِيٌّ أو سُدَاسِيٌّ ، يعنى خَمْسَةَ أشْبَارٍ أو سِتَّةَ أشْبَارٍ . قال / أحْمَدُ ، يقول : خُمَاسِيٌّ سُدَاسِيٌّ ، أسْوَدُ أبْيَضُ ، أعْجَمِيٌّ أو فَصِيحٌ . فأمَّا الإِبِلُ ، فيَضْبِطُها بأرْبَعَةِ أوْصافٍ ، فيقول : مِن نِتَاجِ بنى فُلانٍ . والسِّنُّ ، بِنْتُ مَخَاضٍ أو بِنْتُ لَبُونٍ . واللَّوْنُ ، بَيْضَاءُ أو حَمْرَاءُ أو وَرْقَاءُ [٤١] ، وذَكَرٌ أو أُنْثَى ، فإن كان نِتَاجٌ يَخْتَلِفُ فيه مَهْرِيَّةٌ [٤٢] وأرْحَبِيَّةٌ [٤٣] ، فهل يَحْتَاجُ إلى ضَبْطِ ذلك ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ وما زَادَ على هذه الأوْصَافِ لا يَفْتَقِرُ إلى ذِكْرِه ،

٥/٤ و

---

(٣٦) الجكلى : نسبة إلى جكل ، بلد بما وراء نهر سيحون ، من بلاد تركستان ، قرب طراز . معجم البلدان ٩٥/٢ .

(٣٧) الخزرى : نسبة إلى بلاد الخزر ، وهى بلاد الترك ، خلف باب الأبواب ، المسمى بالدربند . معجم البلدان ٤٣٦/٢ .

(٣٨) فى م بعد هذا زيادة : « البكارة والثيوبة ولا » .

(٣٩ - ٣٩) فى م : « ذلك » .

(٤٠ - ٤٠) سقط من : الأصل ، ا .

(٤١) أى فى لونها بياض إلى سواد ، وهى من أطيب الإبل لحما ، لا سيرا وعملا .

(٤٢) مهرية : إبل منسوبة إلى قبيلة مهرة بن حيدان ، وهى حى عظيم .

(٤٣) أرحبية : إبل منسوبة إلى بنى أرحب ، بطن من همدان .

وإن ذَكَرَ بَعْضَه كان تأْكِيدًا ولَزِمَهُ . وأَوْصَافُ الخَيْلِ ، كأَوْصَافِ الإبِلِ . وأمَّا البِغَالُ والحَمِيرُ ، فلا نِتاجَ لها ، فيَجْعَلُ مَكانَ ذلك نِسْبَتَها إلى بَلَدِها . وأمَّا البَقَرُ والغَنَمُ ، فإن عُرِفَ لها نِتَاجٌ ، فهى كالإبِلِ ، وإلَّا فهى كالحُمُرِ ، ولابدَّ من ذِكْرِ النَّوْعِ فى هذه الحَيَوانَاتِ ، فيقولُ فى الإبِلِ : بُخْتِيَّةٌ أو عِرَابِيَّةٌ ، وفى الخَيْلِ ، عَرَبِيَّةٌ أو هَجِينٌ أو بِرْذَوْنٌ[44] . وفى الغَنَمِ ، ضَأْنٌ أو مَعْزٌ ، إلَّا الحُمُرَ والبِغَالَ ، فلا نَوْعَ فيهما .

فصل : ويَذْكُرُ فى اللَّحْمِ السِّنَّ ، والذُّكُورِيَّةَ ، والأُنُوثِيَّةَ ، والسِّمَنَ والهُزَالَ ، وَرَاعِيًا أو مَعْلُوفًا ، ونَوْعَ الحَيوانِ ، ومَوْضِعَ اللَّحْمِ منه . ويَزِيدُ فى الذَّكَرِ ، فَحْلًا أو خَصِيًّا . وإن كان من صَيْدٍ ، لم يَحْتَجْ إلى ذِكْرِ العَلَفِ والخِصَاءِ . ويَذْكُرُ الآلَةَ التى يُصَادُ بِها ، من جارِحَةٍ أو أُحْبُولَةٍ . وفى الجارِحَةِ يَذْكُرُ صَيْدَ فَهْدٍ ، أو كَلْبٍ ، أو صَقْرٍ ، فإنَّ الأُحْبُولَةَ يُؤْخَذُ الصَّيْدُ[45] منها سَلِيمًا . وصَيْدُ الكَلْبِ خَيْرٌ من صَيْدِ الفَهْدِ ؛ لِكَوْنِ الكَلْبِ أَطْيَبَ الحَيَوانِ نَكْهَةً . قيل : [46]هو أَطْيَبُ الحيوانِ نَكْهَةً[46] ؛ لكونِه مَفْتُوحَ الفَمِ فى أَكْثَرِ الأَوْقَاتِ ، والصَّحِيحُ إن شاءَ اللهُ تعالى ، أنَّ هذا ليس بِشَرْطٍ ؛ لأنَّ التَّفَاوُتَ فيه يَسِيرٌ ، ولا يَكادُ الثَّمَنُ يَتَبايَنُ باخْتِلَافِه ، ولا يَعْرِفُه إلَّا القَلِيلُ من النَّاسِ . وإذا لم يَحْتَجْ فى الرَّقِيقِ إلى ذِكْرِ [47]البَكارَةِ والثُّيوبةِ[47] ، والسِّمَنِ ، والهُزالِ ، وأشْباهِها مِمَّا يَتَبايَنُ بها الثَّمَنُ وتَخْتَلِفُ الرَّغَباتُ بها ، ويَعْرِفُها الناسُ ، فهذا أَوْلَى . ويَلْزَمُ قَبُولُ اللَّحْمِ بِعظامِه ؛ لأنَّه هكذا يُقْطَعُ ، فهو كالنَّوَى فى التَّمرِ ، وإن كان السَّلَمُ فى لَحْمِ طَيْرٍ ، لم يَحْتَجْ إلى ذِكْرِ الذُّكُورِيَّةِ والأُنُوثِيَّةِ ، إلَّا أن يَخْتَلِفَ بذلك ، كَلَحْمِ الدَّجاجِ ، ولا إلى ذِكْرِ مَوْضِعِ اللَّحْمِ ، إلَّا أن يكونَ كَثِيرًا يَأْخُذُ منه بعضَه ، ولا يَلْزَمُه قَبُولُ الرَّأْسِ والسَّاقَيْنِ ؛ لأنَّه لا لَحْمَ عليها . وفى السَّمَكِ يَذْكُرُ النَّوْعَ ؛ بَرَدِىّ[48] أو غيرُه ، والكِبَرَ

---

(44) وهو المولد من الخيل والبغال ، عظيم الخلقة ، غليظ الأعضاء ، قوى الأرجل .

(45) سقط من : ا .

(46 - 46) سقط من : م .

(47 - 47) سقط من : الأصل ، ا .

(48) البردى : نسبة إلى نهر بردى ، نهر دمشق الأعظم .

٥/٤ ظ والصِّغَرَ ، والسِّمَنَ والهُزَالَ ، والطَّرِىءَ والمِلْحَ ، ولا يَقْبَلُ الرَّأْسَ والذَّنَبَ ، / وله ما بينهما ، وإن كان كَثِيرًا يَأْخُذُ بعضَه ، ذَكَرَ مَوْضِعَ اللَّحْمِ منه .

فصل : ويَضْبِطُ السَّمْنَ بالنَّوْعِ من ضَأْنٍ أو مَعْزٍ أو بَقَرٍ ، واللَّوْنَ ، أَبْيَضَ أو أصْفَرَ . قال القاضى : ويَذْكُرُ المَرْعَى . ولا يَحْتاجُ إلى ذِكْرِ حَدِيثٍ أو عَتِيقٍ ؛ لأنَّ إطْلاقَهُ يَقْتَضِى الحَدِيثَ ، ولا يَصِحُّ السَّلَمُ فى عَتِيقِه ؛ لأنَّه عَيْبٌ ، ولا يَنْتَهِى إلى حَدٍّ يُضْبَطُ به . ويَصِفُ الزُّبْدَ بأَوْصَافِ السَّمْنِ ، ويَزِيدُ ، زُبْدُ يَوْمِه أو أَمْسِه . ولا يَلْزَمُه قَبُولُ مُتَغَيِّرٍ فى السَّمْنِ أو الزُّبْدِ ، ولا رَقِيقٍ ، إلَّا أن تكونَ رِقَّتُه لِلْحَرِّ . ويَصِفُ اللَّبَنَ بالنَّوْعِ والمَرْعَى ، ولا يَحْتاجُ إلى اللَّوْنِ ، ولا حَلْبَةِ يَوْمِه ؛ لأنَّ إطْلاقَه يَقْتَضِى ذلك ، ولا يَلْزَمُه قَبُولُ مُتَغَيِّرٍ . قال أحْمَدُ : ويَصِحُّ السَّلَمُ فى المَخِيضِ . وقال الشَّافِعِىُّ : لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه ؛ لأنَّ فيه ما ليس من مَصْلَحَتِه ، وهو الماءُ ، فصارَ المَقْصُودُ مَجْهُولًا . ولَنا ، أنَّ الماءَ يَسِيرٌ ، يُتْرَكُ لأَجْلِ المَصْلَحَةِ ، جَرَتِ العادَةُ به ، فلم يَمْنَعْ صِحَّةَ السَّلَمِ فيه ، كالماءِ فى الشَّيْرَجِ ، والمِلْحِ والإنْفَحَّةِ فى الجُبْنَ ، والماءِ فى خَلِّ التَّمْرِ ، ويَصِفُ الجُبنَ بالنَّوْعِ والمَرْعَى ، ورَطْبٍ أو يَابِسٍ ، ويَصِفُ اللِّبَأَ بِصِفَاتِ اللَّبَنِ ، ويَزِيدُ اللَّوْنَ ، ويَذْكُرُ الطَّبْخَ أو ليس بِمَطْبُوخٍ .

فصل : وتُضْبَطُ الثِّيابُ بِسِتَّةِ أَوْصافٍ ؛ النَّوْعِ ، كَتَّانٌ أو قُطْنٌ . والبَلَدِ . والطُّولِ . والعَرْضِ . والصَّفَاقَةِ والرِّقَّةِ . والغِلَظِ والدِّقَّةِ . والنُّعُومَةِ والخُشُونَةِ . ولا يذْكُرُ الوَزْنَ ، فإنْ ذَكَرَهُ ، لم يَصِحَّ لِتَعَذُّرِ الجَمْعِ بين صِفَاتِه المُشْتَرطَة ، وكونه على وَزْنٍ مَعْلُومٍ ، فيكونُ فيه تَغْرِيرٌ ؛ لِتَعَذُّرِ[٤٩] اتِّفاقِه . وإن ذَكَرَ خَامًا أو مَقْصُورًا[٥٠] ، فله ما شَرَطَ ، وإن لم يَذْكُرْهُ ، جَازَ ، وله خَامٌ ؛ لأنَّه الأصْلُ . وإن ذَكَرَ مَغْسُولًا أو لَبِيسًا . لم يَجُزْ ؛ لأنَّ اللُّبْسَ يَخْتَلِفُ ، ولا يَنْضَبِطُ . فإن أَسْلَمَ فى

---

(٤٩) فى ص : « لبعد » .

(٥٠) قصر الثياب : دقها وبيَّضها .

مَصْبُوغٍ ، وكان مِمَّا يُصْبَغُ غَزْلُه ، جَازَ ؛ لأَنَّ ذلك من جُمْلَةِ صِفَاتِ الثَّوْبِ ، وإن كان مِمَّا يُصْبَغُ بعدَ نَسْجِه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ صَبْغَ الثَّوْبِ يَمْنَعُ الوُقُوفَ على نُعُومَتِه وخُشُونَتِه ، ولأنَّ الصَّبْغَ غيرُ مَعْلُومٍ . وإن أَسْلَمَ فى ثَوْبٍ مُخْتَلِفِ الغُزُولِ ؛ كَقُطْنٍ وإبْرِيسَم ، أو قُطْنٍ وكَتَّانٍ ، أو صُوفٍ ، وكانتِ الغُزُولُ مَضْبُوطَةً / بأن يقول : السَّدَى[51] إبْرِيسَمٌ ، واللُّحْمَةُ[52] كَتَّانٌ أو نحوُه ، جَازَ . ولهذا جَازَ السَّلَمُ فى الخَزِّ ، وهو من غَزْلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ . وإن أَسْلَمَ فى ثَوْبٍ مُوَشًّى ، وكان الوَشْىُ من تَمامِ نَسْجِه ، جازَ . وإن كان زِيَادَةً ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يَنْضَبِطُ .

٦/٤ و

فصل : ويَصِفُ غَزْلَ القُطْنِ والكَتَّانِ ، بالبَلَدِ واللَّوْنِ ، والغِلَظِ والدِّقَّةِ ، والنُّعُومَةِ والخُشُونَةِ ، ويَصِفُ القُطْنَ بذلك ، ويَجْعَلُ مكان الغِلَظِ والدِّقَّةِ الطُّولَ والقِصَرَ . وإن شَرَطَ فى القُطْنِ مَنْزُوعَ الحَبِّ ، جَازَ . وإن أَطْلَقَ كان له بحَبِّه ، كالتَّمْرِ بنَوَاهُ . ويَصِفُ الإبْرِيسَمَ بالبَلَدِ واللَّوْنِ ، والغِلَظِ والدِّقَّةِ ، ويَصِفُ الصُّوفَ بالبَلَدِ واللَّوْنِ ، والطُّولِ والقِصَرِ ، والزَّمانِ ، خَرِيفِىٌّ أو رَبِيعِىٌّ ؛ لأنَّ صُوفَ الخَرِيفِ أَنْظَفُ . قال القاضى : ويَصِفُه بالذُّكُورِيَّةِ والأُنُوثِيَّةِ ؛ لأنَّ صُوفَ الإناثِ أَنْعَمُ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَحْتاجَ إلى هذه الصِّفَةِ ؛ لأنَّ التَّفاوُتَ فى هذا يَسِيرٌ . وعليه تَسْلِيمُه نَقِيًّا من الشَّوْكِ والبَعْرِ ، وإن لم يَشْتَرِطْهُ . وإن اشْتَرَطَه[53] ، جَازَ ، وكان تَأْكِيدًا . والشَّعْرُ والوَبَرُ ، كالصُّوفِ . ويَصِحُّ السَّلَمُ فى الكاغِدِ ؛ لأنَّه يمكنُ ضَبْطُه ، ويَصِفُه بالطُّولِ والعَرْضِ ، والدِّقَّةِ والغِلَظِ ، واسْتِوَاءِ الصَّنْعَةِ ، وما يَخْتَلِفُ به الثمنُ .

فصل : ويَضْبِطُ النُّحاسَ ، والرَّصاصَ ، والحَدِيدَ بالنَّوْعِ ، فيقولُ فى الرَّصَاصِ : قَلَعِىٌّ[54] أو أُسْرُبٌّ[55] . والنُّعُومَةِ والخُشُونَةِ ، واللَّوْنِ إن كان

---

(٥١) السدى من الثوب أى : ما مُدَّ منه .

(٥٢) اللحمة ، بضم اللام : ما نسج عرضًا .

(٥٣) فى ا ، م : « شرطه » .

(٥٤) قلعى : اسم معدن ينسب إليه الرصاص الجيد ، وهو شديد البياض .

(٥٥) الأسرب : الرصاص وهو فارسى معرب . المصباح المنير .

يَخْتَلِفُ . ويَزِيدُ فى الحَدِيدِ ذَكَرًا أو أُنْثَى ، فإنَّ الذَّكَرَ أحَدُّ وأَمْضَى . وإن أسْلَمَ فى الأَوَانِى التى يُمْكِنُ ضَبْطُ قَدْرِهَا وطُولِها وسُمْكِها ودَورِهَا ، كالأسْطالِ القَائِمَةِ الحِيطان ، والطُّسُوتِ ، جَازَ . ويَضْبِطُها بذلك كلِّه . وإن أسْلَمَ فى قِصَاعٍ وأَقْدَاحٍ من الخَشَبِ ، جازَ ، ويَذْكُرُ نَوْعَ خَشَبِها من جَوْزٍ ، أو تُوتٍ ، وقَدْرَهَا فى الصِّغَرِ والكِبَرِ ، والعُمْقِ والضِّيقِ ، والثَّخَانَةِ والرِّقَّةِ وأىَّ عَمَلٍ . وإن أسْلَمَ فى سَيْفٍ ، ضَبَطَهُ بِنَوْعِ حَدِيدِه ، وطُولِه وعَرْضِه ، وَرِقَّتِه وغِلَظِه ، وبَلَدِه ، وقَدِيمِ الطَّبْعِ أو مُحْدَثٍ ، ماضٍ أو غيرِه ، ويَصِفُ قَبْضَتَه وجَفْنَهُ[٥٦] .

٦/٤ ظ **فصل** : والخَشَبُ على أَضْرُبٍ ؛ منه ما / يُرادُ لِلْبِنَاءِ ، فيَذْكُرُ نَوْعَهُ ، ويُبْسَهُ ورُطُوبَتَه ، وطُولَه ، ودوْرَهُ ، أو سُمْكَه ، وعَرْضَه . ويَلْزَمُه أن يَدْفَعَ إليه مِن طَرَفِه إلى طَرَفِه بذلك العَرْضِ والدَّوْرِ . فإن كان أحَدُ طَرَفَيْهِ أَغْلَظَ مِمَّا وَصَفَ ، فقد زادَهُ خَيْرًا ، وإن كان أَدَقَّ ، لم يَلْزَمْهُ قَبُولُه . وإن ذَكَرَ الوَزْنَ أو سَمْحًا ، جازَ ، وإن لم يَذْكُرْهُ ، جازَ ، وله سَمْحٌ خالٍ من العُقَدِ ؛ لأنَّ ذلك عَيْبٌ . وإن كان لِلْقِسِىِّ ذَكَرَ هذه الأوْصافَ ، وزَادَ سَهْلِيًّا ، أو جَبَلِيًّا ، أو خُوطًا[٥٧] أو فِلْقَةً[٥٨] ؛ فإن الجَبَلِىَّ أقْوَى من السَّهْلِىِّ ؛ والخُوطَ أقْوَى من الفِلْقَةِ . ويَذْكُرُ فيما لِلوَقُودِ الغِلْظَةَ ، واليُبْسَ ، والرُّطُوبَةَ ، والوَزْنَ . ويَذْكُرُ فيما لِلنَّصْبِ النَّوْعَ ، والغِلَظَ ، وسائِرَ ما يَحْتاجُ إلى مَعْرِفَتِه ، ويُخْرِجُه من الجَهالَةِ . وإن أسْلَمَ فى النُّشَّابِ والنَّبْلِ ، ضَبَطَهُ بِنَوْعِ جِنْسِه ، وطُولِه وقِصَرِه ، ودِقَّتِه وغِلَظِه ، ولَوْنِه ، ونَصْلِه ، ورِيشِه .

فصل : والحِجارةُ منها ما هو لِلأَرْحِيَةِ[٥٩] ، فَيَضْبِطُها بالدَّوْرِ ، والثَّخانَةِ ،

---

(٥٦) الجفن : غمد السيف وغلافه الذى يحفظ فيه .

(٥٧) الخوط : الغصن الناعم لِسَنَةٍ .

(٥٨) الفلقة : قوس تتخذ من نصف عود .

(٥٩) الأرحية : جمع رحى .

والبَلَدِ ، والنَّوعِ إن كان يَخْتَلِفُ . ومنها ما هو لِلبناءِ ، فيَذْكُرُ النَّوعَ ، واللَّوْنَ ، والقَدْرَ[٦٠] والوَزْنَ . ويَذْكُرُ فى حِجارةِ الآنِيَةِ اللَّوْنَ ، والنَّوعَ ، والقَدْرَ[٦٠] ، واللِّينَ ، والوَزْنَ . ويَصِفُ البَلُّورَ بأوْصافِه . ويَصِفُ الآجُرَّ واللَّبِنَ بمَوْضِعِ التُّرْبَةِ ، واللَّوْنِ ، والدَّورِ ، والثَّخانَةِ ، وإن أسْلَمَ فى الجِصِّ ، والنُّورَةِ[٦١] ، ذَكَرَ اللَّوْنَ ، والوَزْنَ . ولا يَقْبَلُ ما أصابَهُ الماءُ فجَفَّ ، ولا ما قَدُمَ قِدَمًا يُؤَثِّرُ فيه . ويَضْبِطُ التُّرابَ بمثل ذلك ، ويَقْبَلُ الطِّينَ الذى قد جَفَّ إذا كان لا يَتَأثَّرُ بذلك .

فصل : ويَضْبطُ العَنْبَرَ بِلَوْنِه والبَلَدِ ، وإن شَرَطَ قِطْعَةً أو قِطْعَتَيْنِ ، جازَ ، وإن لم يَشْتَرِطْ ، فله أن يُعْطِيَهُ صِغارًا أو كِبارًا ، وقد قيل : إنَّ[٦٢] العَنْبَرَ نَباتٌ يَخْلُقُه اللهُ تعالى فى جَنَباتِ البَحْرِ . ويَضْبِطُ العُودَ الهِنْدِىَّ بِبَلَدِه ، وما يُعْرَفُ به . ويَضْبِطُ المُصْطَكَى ، واللُّبانَ ، والغِراءَ العَرَبِىَّ ، وصَمْغَ الشَّجَرِ ، والمِسْكَ ، وسائرَ ما يجوزُ السَّلَمُ فيه ، بما يَخْتَلِفُ به .

٧٧٤ - مسألة ؛ قال : (إذَا كَانَ بِكَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ عَدَدٍ مَعْلُومٍ)

هذا الشَّرْطُ الثالثُ . وهو مَعْرِفَةُ مِقْدارِ المُسْلَمِ فيه بالكَيْلِ إن كان مَكِيلًا ، وبالوَزْنِ إن كان مَوْزُونًا ، وبالعَدَدِ / إن كان مَعْدُودًا ؛ لقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ أسْلَفَ[١] فى شَىءٍ فَلْيُسْلِفْ فى كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أو وَزْنٍ مَعْلُومٍ ، إلَى أجَلٍ مَعْلُومٍ »[٢] . ولأنَّه عِوَضٌ غير مُشاهَدٍ يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ ، فاشْتُرِطَ مَعْرِفَةُ قَدْرِه ، (٧/٤ و)

---

(٦٠) فى الأصل : « والقد » .

(٦١) النورة : حجر الكِلْس .

(٦٢) سقط من : الأصل .

(١) فى م : « أسلم » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٤ .

كالثَّمَنِ . ولا نَعْلَمُ فى اعْتِبَارِ مَعْرِفَةِ المِقْدَارِ خِلَافًا . ويَجِبُ أن يُقَدِّرَهُ بمِكْيَالٍ ، أو أَرْطَالٍ مَعْلُومَة عند العَامَّةِ . فإن قَدَّرَهُ بإنَاءٍ مُعَيَّنٍ[٣] ، أو صَنْجَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، غيرِ مَعْلُومَةٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنه يَهْلِكُ ، فيَتَعَذَّرُ مَعْرِفَةُ قَدْرِ[٤] المُسْلَمِ فيه ، وهذا غَرَرٌ لا يَحْتَاجُ إليه العَقْدُ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه من أَهْلِ العِلْمِ ، على أنَّ المُسْلِمَ فى الطَّعَامِ لا يجوزُ بقَفِيزٍ لا يُعْرَفُ[٥] عِيارُه ، ولا فى ثَوْبٍ بِذَرْعِ فُلَانٍ ؛ لأن المِعْيَارَ لو تَلِفَ ، أو ماتَ فُلَانٌ ، بَطَلَ السَّلَمُ ، منهم ؛ الثَّوْرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو حنيفةَ وأصْحَابُه ، وأبو ثَوْرٍ . وإن عَيَّنَ مِكْيَالَ رَجُلٍ أو مِيزَانَه ، وكانا مَعْرُوفَيْنِ عند العَامَّةِ ، جَازَ . ولم يَخْتَصَّ بهما . وإن لم يُعْرَفَا ، لم يَجُزْ .

فصل : وإن أَسْلَمَ فيما يُكَالُ وَزْنًا ، أو فيما يُوزَنُ كَيْلًا ، فنَقَلَ الأَثْرَمُ ، أنَّه سَأَلَ أحمدَ عن السَّلَمِ فى التَّمْرِ وَزْنًا ؟ فقال : لا إلَّا كَيْلًا . قلتُ : إنَّ النّاسَ هٰهُنا لا يَعْرِفُونَ الكَيْلَ . قال : وإن كانوا لا يَعْرِفُونَ الكَيْلَ . فيَحْتَمِلُ هذا أنه لا يجوزُ فى المَكِيلِ إلَّا كَيْلًا ، ولا فى المَوْزُونِ إلا وَزْنًا . وهكذا ذَكَرَهُ القَاضى ، وابنُ أبى موسى ؛ وذلك[٦]لأنَّه مَبِيعٌ يُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ قَدْرِهِ ، فلم يَجُزْ بغيرِ ما هو مُقَدَّرٌ به فى الأَصْلِ ، كَبَيْعِ الرُّطُوبَاتِ بعضِها ببعضٍ . ولأنه قَدَّرَ المُسْلَمَ بغيرِ ما هو مُقَدَّرٌ به فى الأَصْلِ ، فلم يَجُزْ ، كما لو أسْلَمَ فى المَذْرُوعِ وَزْنًا . ونَقَلَ المَرُّوذِىُّ عن أحمدَ ، أنَّه يجوزُ السَّلَمُ فى اللَّبَنِ إذا كان كَيْلًا أو وَزْنًا . وهذا يَدُلُّ على إبَاحَةِ السَّلَمِ فى المَكِيلِ وَزْنًا ، وفى المَوْزُونِ كَيْلًا ؛ لأنَّ اللَّبَنَ لا يَخْلُو مِن كَوْنِه مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، وقد أجَازَ السَّلَمَ فيه بكلِّ واحِدٍ منهما . وهذا قولُ الشَّافِعِىِّ وابنِ المُنْذِرِ . وقال مالِكٌ : ذلك جائِزٌ إذا كان الناسُ يَتَبَايَعُونَ التَّمْرَ وَزْنًا . وهذا أصَحُّ ، إنّ شاء اللهُ تعالى ؛ لأنَّ الغَرَضَ

---

(٣) فى ا ، م : « معلوم » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى م : « يعلم » .

(٦) سقط من : م .

مَعْرِفَةُ قَدْرِه ، وخُرُوجُه مِن الجَهَالَةِ ، وإمكانُ تَسْلِيمِه من غير تَنَازُعٍ ، فبأىِّ قَدْرٍ قَدَّرَهُ جَازَ . ويُفارِقُ بَيْعَ الرِّبَوِيّاتِ ؛ فإنَّ التماثُلَ فيها فى المَكيِلِ كَيْلًا وفى المَوْزُونِ وَزْنًا ، شَرْطٌ ، ولا نَعْلَمُ هذا الشَّرْطَ إذا قَدَّرَها بغيرِ مِقْدَارِها الأَصْلِىِّ . إذا ثَبَتَ هذا / ، فإنَّ الحُبُوبَ كلَّها مَكِيلَةٌ ، وكذلك التَّمْرُ والزَّبِيبُ والفُسْتُقُ والبُنْدُقُ والمِلْحُ . قال القاضى : وكذلك الأدْهانُ . وقال فى السَّمْنِ واللَّبَنِ والزُّبْدِ : يجوزُ السَّلَمُ فيها كَيْلًا وَوَزْنًا . ولا يُسْلِمُ فى اللِّبَأِ إلَّا وَزْنًا ؛ لأنَّه يَجْمُدُ عَقِيبَ حَلْبِه ، فلا يَتَحقَّقُ الكَيْلُ فيه .

٤/٧ ظ

فصل : فإن كان المُسْلَمُ فيه ممَّا لا يمكنُه وَزْنُه بالمِيزَانِ لِثِقَلِه ، كالأَرْحِيَةِ والحِجَارَةِ الكِبَارِ ، يُوزَنُ بالسَّفِينَةِ ، فَتُتْرَكُ السَّفِينَةُ فى الماءِ ، ثم يُتْرَكُ ذلك فيها فيَنْظُرُ إلى أى مَوْضِعٍ تَغُوصُ ، فَيُعَلِّمُهُ ، ثم يُرْفَعُ ويُتْرَكُ مَكَانَه رَمْلٌ أو حِجَارَةٌ صِغَارٌ ، إلى أن يَبْلُغَ الماءُ المَوْضِعَ الذى كان بَلَغَهُ ، ثم يُوزَن بمِيزَانٍ . فما بَلَغَ فهو زِنَةُ ذلك الشىءِ الذى أُرِيدَ مَعْرِفَةُ وَزْنِه .

فصل : ولابُدَّ من تَقْدِيرِ المَذْرُوعِ بالذَّرْعِ ، بغير خِلَافٍ نَعْلَمُه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه من أَهْلِ العِلْمِ ، على أنَّ السَّلَمَ جائِزٌ فى الثِّيابِ بِذَرْعٍ مَعْلُومٍ .

فصل : وما عدا المَكِيلَ والمَوْزُونَ والحَيَوانَ والمَذْرُوعَ ، فعلى ضَرْبَيْنِ : مَعْدُودٍ ، وغيرِه ، فالمَعْدُودُ نَوْعَانِ ؛ أحدُهما ، لا يَتَبَايَنُ كثِيرًا ، كالجَوْزِ والبَيْضِ ونحوِهما ، فيُسْلِمُ فيه عَدَدًا . وهو قول أبى حنيفةَ والأَوْزَاعِىِّ . وقال الشّافِعِىُّ : يُسْلِمُ فيهما كَيْلًا أو وَزْنًا ، ولا يَجوزُ عَدَدًا ؛ لأنَّ ذلك يَتَبَايَنُ ويَخْتَلِفُ ، فلم يَجُزْ عَدَدًا ، كالبِطِّيخِ . ولَنا ، أنَّ التَّفَاوُتَ يَسِيرٌ ، ويَذْهَبُ ذلك بِاشْتِرَاطِ الكِبَرِ أو الصِّغَرِ أو الوَسَطِ ، فيَذْهَبُ التَّفَاوُتُ ، وإن بَقِىَ شىءٌ يَسِيرٌ عُفِىَ عنه ، كسائِرِ التَّفَاوُتِ فى المَكيِلِ والمَوْزُونِ المَعْفُوِّ عنه ، ويُفارِقُ البِطِّيخَ ؛ فإنَّه ليس بمَعْدُودٍ ، والتَّفَاوُتُ فيه كَثِيرٌ لا يَنْضَبِطُ . النَّوْعُ الثانى ، ما يَتَفَاوَتُ ؛ كالرُّمَّانِ والسَّفَرْجَلِ والقِثَّاءِ والخِيَارِ ، فهذا حُكْمُه حُكْمُ ما ليس بِمَعْدُودٍ من البِطِّيخِ والبُقُولِ ، ففيه وَجْهَانِ ؛

أحدُهما ، يُسْلِمُ فيه عَدَدًا ، ويَضبطُه بالصِّغَرِ والكِبَرِ ؛ لأنَّه يُبَاعُ هكذا . الثانى ، لا يُسْلِمُ فيه إلَّا وَزْنًا . وبهذا قال أبو حنيفةَ والشَّافِعِىُّ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ تَقْدِيرُه بالعَدَدِ ، لأنَّه يَخْتَلِفُ كثِيرًا ، ويَتَبايَنُ جدًّا ، ولا بالكَيْلِ ؛ لأنَّه يَتَجافَى فى المِكْيَالِ ، ولا يُمْكِنُ تَقْدِيرُ البُقُولِ بالحَزْمِ ؛ لأنَّه يَخْتَلِفُ ، ويُمْكِنُ حَزْمُ الكَبِيرَةِ والصَّغِيرَةِ ، فلم يُمْكِنْ تَقْدِيرُه بغيرِ الوَزْنِ ، فتعَيَّنَ تَقْدِيرُه به .

٧٧٥ ـ مسألة ؛ قال : (إلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ بِالْأَهِلَّةِ)

٨/٤ و وهذا الشَّرطُ الرَّابعُ ، وهو أن يكونَ مؤجَّلًا أجَلًا / مَعْلُومًا . وفى هذه المَسْأَلَةِ فُصُولٌ ثَلاثَةٌ :

أحدُها ، أنَّه يُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ السَّلَمِ كَوْنُه مُؤَجَّلًا ، ولا يَصِحُّ السَّلَمُ الحالُّ . قال أحْمَدُ ، فى رِوَايَةِ المَرُّوذِىِّ : لا يَصِحُّ حتى يَشْتَرِطَ الأَجَلَ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، و مالِكٌ ، والأَوْزَاعِىُّ . وقال الشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ : يجوزُ السَّلَمُ حالًّا ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَصِحُّ مُؤَجَّلًا ، فصَحَّ حالًّا ، كبُيُوعِ الأَعْيَانِ ، ولأنَّه إذا جازَ مُؤَجَّلًا فحالًّا أجْوَزُ ، ومن الغَرَرِ أبْعَدُ . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَفَ فى شَىْءٍ ، فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ »[1] . فأمَرَ بالأَجَلِ ، وأَمْرُه يَقْتَضِى الوُجُوبَ . ولأنَّه أمَرَ بهذه الأُمُورِ تَبْيِينًا لِشُرُوطِ السَّلَمِ ، ومَنْعًا منه بدُونِها ، ولذلك[2] لا يَصِحُّ إذا انْتَفَى الكَيْلُ والوَزْنُ ، فكذلك الأَجَلُ . ولأنَّ السَّلَمَ إنَّما جازَ رُخْصَةً لِلرِّفْقِ ، ولا يَحْصُلُ الرِّفْقُ إلَّا بالأَجَلِ ، فإذا انْتَفَى الأَجَلُ انْتَفَى الرِّفْقُ ، فلا يَصِحُّ ، كالكِتَابَةِ . ولأنَّ الحُلُولَ يُخْرِجُه عن اسْمِه ومَعْنَاه ، أمَّا الاسْمُ فلأنَّه يُسَمَّى سَلَمًا وسَلَفًا ؛ لِتَعَجُّلِ أحَدِ العِوَضَيْنِ وتَأَخُّرِ الآخَرِ ، ومعناه ما ذَكَرْنَاهُ فى أوَّلِ البابِ ، من أنَّ الشَّارِعَ أرْخَصَ فيه لِلْحَاجَةِ الدَّاعِيَةِ إليه ، ومع حُضُورِ ما يَبِيعُه حَالًّا لا حَاجَةَ إلى السَّلَمِ ، فلا يَثْبُتُ . ويُفَارِقُ بُيُوعَ الأَعْيَانِ ، فإنَّها لم

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٤ .

(٢) فى النسخ : « وكذلك » .

تثبُتُ على خِلَافِ الأَصْلِ لِمَعْنًى يَخْتَصُّ بالتَّأْجِيلِ . وما ذَكَرُوهُ من التَّنْبِيهِ غيرُ صَحِيحٍ ؛ لأنَّ ذلك إنَّما يُجْزِىءُ فيما إذا كان المَعْنَى المُقْتَضِى مَوْجُودًا فى الفَرْعِ بِصِفَةِ التَّأْكِيدِ ، وليس كذلك هٰهُنا ؛ فإنَّ البُعْدَ من الضَّرَرِ ليس هو المُقْتَضِى لِصِحَّةِ السَّلَمِ المُؤَجَّلِ ، وإنَّما المُصَحِّحُ له شىءٌ آخَرُ ، لم نَذْكُرِ اجْتِمَاعَهما فيه ، وقد بَيَّنَّا افْتِرَاقَهُما . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه إن بَاعَهُ ما يَصِحُّ السَّلَمُ فيه حالًّا فى الذِّمَّة ، صَحَّ ، ومَعْنَاهُ مَعْنَى السَّلَمِ ، وإنما افْتَرَقَا فى اللَّفْظِ .

الفصل الثانى ، أنَّه لابُدَّ من كَوْن الأَجَلِ مَعْلُومًا ؛ لِقَوْلِه تعالى : ﴿ إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى ﴾[3] . وقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « إلى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » . ولا نَعْلَمُ فى اشْتِرَاطِ العِلْمِ فى الجُمْلَةِ اخْتِلافًا . فأمَّا كَيْفِيَّته فإنَّه يَحْتَاجُ أن يُعْلِمَهُ بِزَمَانٍ بِعَيْنِهِ لا يَخْتَلِفُ ، ولا يَصِحُّ أن يُؤَجِّلَهُ بالحَصَادِ والجِزَازِ وما أَشْبَهَهُ . وكذلك قال ابنُ عَبَّاسٍ ، وأبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ . وعن أحمدَ ، رِوَايَةٌ أُخرَى ، أنَّه قال : أَرْجُو أن لا يكونَ به بَأْسٌ . وبه قال مَالِكٌ / وأبو ثَوْرٍ . وعن ابنِ عمرَ : أنَّه كان يَبْتَاعُ إلى العَطَاءِ . وبه قال ابنُ أبى لَيْلَى . وقال أحمدُ : إن كان شَىْءٌ يُعْرَفُ فأَرْجُو ، وكذلك إن قال : إلى قُدُومِ الغُزَاةِ . وهذا مَحْمُولٌ على أنَّه أرادَ وَقْتَ العَطَاءِ ؛ لأنَّ ذلك مَعْلُومٌ ، فأمَّا نَفْسُ العَطَاءِ فهو فى نَفْسِه مَجْهُولٌ يَخْتَلِفُ ويَتَقَدَّمُ ويَتَأَخَّرُ . ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ نَفْسَ العَطَاءِ ؛ لكونِه يَتفاوَتُ أيضا ، فأَشْبَهَ الحَصَادَ . واحْتَجَّ من أَجَازَ ذلك ، بأنَّه أَجَلٌ يَتَعَلَّقُ بِوَقْتٍ من الزَّمَنِ ، يُعْرَفُ فى العَادَةِ ، لا يَتَفَاوَتُ فيه تَفَاوُتًا كثيرًا ، فأَشْبَهَ إذا قال : إلى رَأْسِ السَّنَةِ . ولَنا : ما رُوِىَ عن ابنِ عَبَّاسٍ ، أنَّه قال : لا تَتَبَايَعُوا إلى الحَصادِ والدِّيَاسِ ، ولا تَتَبَايَعُوا إلَّا إلى شَهْرٍ مَعْلُومٍ . ولأنَّ ذلك يَخْتَلِفُ ويَقْرُبُ ويَبْعُدُ ، فلا يجوزُ أن يكونَ أَجَلًا كَقُدُومِ زَيْدٍ . فإن قِيلَ : فقد رُوِىَ عن عَائِشَةَ أنَّها قالتْ : إنَّ رسولَ اللهِ ﷺ بَعَثَ إلى يَهُودِىٍّ ، « أَنِ ابْعَثْ إلَىَّ بِثَوْبَيْنِ إلَى المَيْسَرَةِ »[4] . قُلْنا : قال ابنُ المُنْذِرِ : رَوَاهُ حَرَمِىُّ بن عُمَارَةَ .

٨/٤ ظ

---

(٣) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٤) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرخصة فى الشراء إلى أجل ، من كتاب البيوع . عارضة الأحوذى ٢١٧/٥ . والنسائى ، فى : باب البيع إلى الأجل المعلوم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٨/٧ .

قال أحمدُ : فيه غَفْلَةٌ ، وهو صَدُوقٌ . قال ابنُ المُنْذِرِ : فأخَافُ أن يكونَ مِن غَفَلَاتِه ، إذْ لم يُتَابَعْ عليه ، ثم لا خِلَافَ فى أنه لو جَعَلَ الأَجَلَ إلى المَيْسَرَةِ لم يَصِحَّ .

فصل : إذا جَعَلَ الأَجَلَ إلى شَهْرٍ تَعَلَّقَ بأوَّلِه . وإن جَعَلَ الأَجَلَ اسْمًا يَتَنَاوَلُ شَيْئَيْنِ كجُمادَى ورَبِيعٍ ويَوْمِ النَّفْرِ ، تَعَلَّقَ بأوَّلِهما . وإن قال : إلى ثَلَاثَةِ أشْهُرٍ كان[5] إلى انْقِضَائِها ؛ لأنَّه إذا ذَكَرَ ثَلَاثَةَ أشْهُرٍ مُبْهَمَةً ، وَجَبَ أن يكونَ ابْتِداؤُها مِن حينِ لَفْظِه بها . وكذلك لو قال : إلى شَهْرٍ . كان آخِرَهُ . ويَنْصَرِفُ ذلك إلى الأَشْهُرِ الهِلَالِيَّةِ ، بِدَلِيلِ قولِه تعالى : ﴿ إِنَّ عِدَّةَ ٱلشُّهُورِ عِندَ ٱللَّهِ ٱثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِى كِتَابِ ٱللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ ٱلسَّمَٰوَاتِ وَٱلْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ ﴾[6] . وأرادَ الهِلَالِيَّةَ . وإن كان فى أثْنَاءِ شَهْرٍ كَمَّلْنا شَهْرَيْنِ بالهِلَالِ وشَهْرًا بالعَدَدِ ثَلَاثِينَ يَوْمًا . وقيل : تكونُ الثَّلَاثَةُ كلُّها عَدَدِيَّةً . وقد ذَكَرْنَا هذا فى غيرِ هذا المَوْضِعِ . وإن قال : مَحِلُّهُ شَهْرُ كذا أو يَوْمُ كذا . صَحَّ ، وتَعَلَّقَ بأوَّلِه . وقيل : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه جَعَلَ ذلك ظَرْفًا ، فيَحْتَمِلُ أوَّلَهُ وآخِرَهُ . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ؛ فإنَّه لو قال لِامْرَأتِه : أنْتِ طَالِقٌ فى شَهْرِ كذا . تَعَلَّقَ بأوَّلِه ، وهو نَظِيرُ مَسْألَتِنا . فإنْ قيل : الطَّلَاقُ يَتَعَلَّقُ بالإِخْطَارِ والإِغْرارِ ، ويجوزُ تَعْلِيقُه على مَجْهُولٍ ، كنُزُولِ المَطَرِ ، وقُدُومِ زَيْدٍ ، بخِلَافِ مَسْألَتِنا . قُلْنَا : إلَّا أنَّه إذا جَعَلَ مَحِلَّهُ فى شَهْرٍ تَعَلَّقَ بأوَّلِه ، فلا يكونُ مَجْهُولًا ، / وكذا السَّلَمُ . ٩/٤ و

فصل : ومِن شَرْطِ الأَجَلِ أن يكونَ مُدَّةً لها وَقْعٌ فى الثَّمَنِ ، كالشَّهْرِ وما قَارَبَهُ . وقال أصْحابُ أبى حنيفةَ : لو قَدَّرَهُ بِنِصْفِ يَوْمٍ ، جازَ . وقَدَّرَهُ بعضُهم بثَلَاثَةِ أيَّامٍ ، وهو قولُ الأوْزَاعِىّ ؛ لأنَّها مُدَّةٌ يجوزُ فيها خِيَارُ الشَّرْطِ ، ولأنَّها آخِرُ حَدِّ القِلَّةِ ، ويَتَعَلَّقُ بها عِنْدَهُم إبَاحَةُ رُخَصِ السَّفَرِ . وقال الآخَرُونَ : إنَّما اعْتُبِرَ التَّأْجِيلُ

---

(٥) سقط من : ا ، م .

(٦) سورة التوبة ٣٦ .

لأنَّ المُسْلَمَ فيه مَعْدُومٌ فى الأَصْلِ ، لكَوْنِ السَّلَمِ إنَّما ثَبَتَ رُخْصةً فى حَقِّ المَفَالِيسِ ، فلا بُدَّ من الأَجَلِ ليَحْصُلَ ويُسَلِّمَ ؛ وهذا يَتحَقَّقُ بأقَلِّ مُدَّةٍ يَتصَوَّرُ تَحْصِيلُه فيها .
ولَنا ، أنَّ الأَجَلَ إنَّما اعْتُبِرَ لِيَتَحقَّقَ الْمَرْفَقُ الذى شُرِعَ مِن أَجْلِهِ السَّلَمُ ، ولا يَحْصُلُ ذلك بالمُدَّةِ التى لا وَقْعَ لها فى الثَّمَنِ ، ولا يَصِحُّ اعْتِبَارُه بمُدَّةِ الخِيَارِ ؛ لأنَّ الخِيَارَ يجوزُ ساعَةً ، وهذا لا يجوزُ ، والأَجَلُ يجوزُ أن يكونَ أعْوَامًا ، وهم لا يُجِيزُونَ الخِيَارَ أَكْثَرَ من ثَلَاثٍ ، وكونُها آخِرَ حَدِّ القِلَّةِ ، لا يَقْتَضِى التَّقْدِيرَ بها . وقولُهم : إنَّ المَقْصُودَ يَحْصُلُ بأقَلِّ مُدَّةٍ . غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ السَّلَمَ إنَّما يكونُ لحَاجَةِ المَفالِيسِ الذين لهم ثِمَارٌ أو زُرُوعٌ أو تِجَارَاتٌ يَنْتَظِرُونَ حُصُولَها ، ولا تَحْصُلُ هذه فى المُدَّةِ اليَسِيرَةِ .

الفصل الثالث ، فى كَوْنِ الأَجَلِ مَعْلُومًا بالأَهِلَّةِ ، وهو أن يُسْلِمَ إلى وَقْتٍ يُعْلَمُ بالهِلَالِ ، نحو أوَّلِ الشَّهْرِ ، أو أوْسَطِه ، أو آخِرِه ، أو يومٍ مَعْلُومٍ منه ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ ﴾[7] . ولا خِلَافَ فى صِحَّةِ التَّأْجِيلِ بذلك . ولو أسْلَمَ إلى عِيدِ الفِطْرِ ، أو النَّحْرِ ، أو يَوْمِ عَرَفَةَ ، أو عَاشُورَاءَ ، أو نحوِها ، جَازَ ؛ لأنَّه مَعْلُومٌ بالأَهِلَّةِ . وإن جَعَلَ الأَجَلَ مُقَدَّرًا بغيرِ الشُّهُورِ الهِلَالِيَّةِ ، فذلك قِسْمَانِ ؛ أحدُهما ، ما يَعْرِفُه المُسْلِمُونَ ، وهو بينهم مَشْهُورٌ ككَانُون وشُبَاط ، أو عِيدٍ لا يَخْتَلِفُ كالنَّيْرُوزِ والمِهْرَجَانِ عندَ من يَعْرِفُهما ، فظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ وابنِ أبى موسَى ، أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه أسْلَمَ إلى غيرِ الشُّهُورِ الهِلَالِيَّةِ . أشْبَه إذا أسْلَمَ إلى الشَّعَانِينِ[8] وعِيدِ الفَطِيرِ ، ولأنَّ هذه لا يَعْرِفُها كَثِيرٌ من المُسْلِمِينَ ، أشْبَهَ ما ذَكَرْنا . وقال القاضى : يَصِحُّ . وهو قولُ الأَوْزَاعِىِّ ، والشَّافِعِىِّ . قال الأَوْزَاعِىُّ : إذا أسْلَمَ إلى فِصْحِ النَّصَارَى وصَوْمِهِم ، جَازَ ؛ لأنه مَعْلُومٌ لا يَخْتَلِفُ ، أشْبَه أَعْيَادَ المُسْلِمِين . وفَارَقَ ما يختلفُ ؛ فإنَّه لا يَعْلَمُه

---

(٧) سورة البقرة ١٨٩ .

(٨) الشعانين : عيد للنصارى يقع يوم الأحد السابق لعيد الفصح .

٩/٤ ظ المسلمون . القسم الثانى ، ما لا يَعْرِفُه المسلِمون ، كعِيدِ الشَّعَانِين وعِيدِ / الفَطِيرِ ونحوِهما ، فهذا لا يجوزُ السَّلَمُ إليه ؛ لأنَّ المُسْلِمِينَ لا يَعْرِفُونَه ، ولا يجوزُ تَقْلِيدُ أَهْلِ الذِّمَّةِ فيه ؛ لأنَّ قَوْلَهم غيرُ مَقْبُولٍ ، ولأنَّهم يُقَدِّمُونَه ويُؤَخِّرُونَه على حِسَابٍ لهم لا يَعْرِفُه المسلِمون . وإن أَسْلَمَ إلى ما لا يَخْتَلِفُ ، مثل كَانُون الأَوَّل ، ولا يَعْرِفُه المُتَعَاقِدَانِ أو أحَدُهما ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ عندَه .

٧٧٦ – مسألة ؛ قال : (مَوْجُودًا عِنْدَ مَحلِّهِ)

هذا الشَّرطُ الخامِسُ ، وهو كَوْنُ المُسْلَمِ فيه عَامَّ الوُجُودِ فى مَحلِّه ، ولا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا . وذلك لأنَّه إذا كان كذلك ، أَمْكَنَ تَسْلِيمُه عندَ وُجُوبِ تَسْلِيمِه . وإذا لم يكن عَامَّ الوُجُودِ ، لم يكُنْ مَوْجُودًا عندَ المَحلِّ بِحُكْمِ الظَّاهِرِ ، فلم يُمْكِنْ تَسْلِيمُه ، فلم يَصِحَّ بَيْعُه ، كبَيْعِ الآبِقِ ، بل أَوْلَى ؛ فإنَّ السَّلَمَ احْتَمَلَ فيه أَنْوَاعٌ من الغَرَرِ لِلْحَاجَةِ ، فلا يَحْتَمِلُ فيه غَرَرٌ آخَرُ ، لئَلَّا يَكْثُرَ الغَرَرُ فيه ، فلا يجوزُ أن يُسْلِمَ فى العِنَبِ والرُّطَبِ إلى شُبَاط أو آذَار ، ولا إلى مَحلٍّ لا يُعْلَمُ وُجُودُه فيه ، كزَمَانِ أَوَّلِ العِنَبِ أو آخِرِه الذى لا يُوجَدُ فيه إلَّا نادِرًا ، فلا يُؤْمَنُ انْقِطَاعُه .

فصل : ولا يجوزُ أن يُسْلِمَ فى ثَمَرَةِ بُسْتَانٍ بعَيْنِه ، ولا قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ ؛ لكَوْنِه لا يُؤْمَنُ تَلَفُه وانْقِطَاعُه . قال ابنُ المُنْذِرِ : إبْطَالُ السَّلَمِ إذا أَسْلَمَ فى ثَمَرَةِ بُسْتَانٍ بعَيْنِه كالإجْمَاعِ من أَهْلِ العِلْمِ ، ومِمَّنْ حَفِظْنَا عنه ذلك ؛ الثَّوْرِىُّ ، ومَالِكٌ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأَصْحَابُ الرَّأْىِ ، وإسحاقُ . قال : ورَوَيْنا عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه أَسْلَفَ إليه رَجُلٌ من اليَهُودِ دَنَانِيرَ فى تَمْرٍ مُسَمًّى ، فقال اليَهُودِىُّ : مِن تَمْرِ حَائِطِ بَنِى فُلَانٍ . فقال النَّبِىُّ ﷺ : « أَمَّا مِنْ حَائِطِ بَنِى فُلَانٍ فَلَا ، ولٰكِنْ كَيْلٌ مُسَمًّى إلَى أجَلٍ مُسَمًّى » . رَوَاهُ ابنُ مَاجَه[1] وغيرُه ، ورَوَاهُ أبو إسحاقَ الجُوزَجَانِىُّ ، فى « المُتَرْجَمِ » . وقال : أَجْمَعَ الناسُ على الكَرَاهَةِ لهذا البَيْعِ . ولأنَّه

(١) فى : باب السلف فى كيل معلوم ... ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦٦ .

إذا أَسْلَمَ فى ثَمَرَةِ بُسْتَانٍ بعَيْنِه ، لم يُؤْمَنِ انْقِطَاعُه وتَلَفُه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أَسْلَمَ فى شىءٍ قَدَّرَهُ بِمِكْيَالٍ مُعَيَّنٍ ، أو صَنْجَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، أو أَحْضَرَ خِرْقَةً ، وقال : أَسْلَمْتُ إليك فى مثلِ هذه .

فصل : ولا يُشْتَرَطُ كَوْنُ المُسْلَمِ فيه مَوْجُودًا حالَ السَّلَمِ ، بل يجوزُ أن يُسْلِمَ فى الرُّطَبِ فى أوَانِ الشِّتَاءِ ، وفى كُلِّ[2] مَعْدُومٍ إذا كان مَوْجُودًا فى المَحَلِّ . وهذا قولُ مالِكٍ ، والشَّافِعِىِّ ، وإسحاقَ ، وابنِ المُنْذِرِ . وقال الثَّوْرِىُّ ، والأَوْزَاعِىُّ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ : لا يجوزُ حتى يكونَ جِنْسُه مَوْجُودًا حالَ العَقْدِ إلى حينِ المَحَلِّ ؛ لأنَّ كلَّ زَمَنٍ يجُوزُ / أن يكونَ مَحلًّا لِلمُسْلَمِ فيه لِمَوْتِ المُسْلَمِ إليه ، فَاعْتُبِرَ وُجُودُه فيه ، كالمَحلِّ . ولَنا ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قَدِمَ المَدِينَةَ وهم يُسْلِفُونَ فى الثِّمَارِ السَّنَةَ والسَّنَتَيْنِ ، فقال : « مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِى كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، [3]وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ ، إلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ »[3] . ولم يَذْكُر الوُجُودَ ، ولو كان شَرْطًا لذَكَرَه ، ولَنَهَاهُم عن السَّلَفِ سَنَتَيْنِ ؛ لأنَّه يَلْزَمُ منه انْقِطَاعُ المُسْلَمِ فيه أوْسَطَ السَّنَة ، ولأنَّه يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ ، ويُوجَدُ فى مَحلِّه غَالِبًا ، فجَازَ السَّلَمُ فيه ، كالمَوْجُودِ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ الدَّيْنَ يَحِلُّ بالمَوْتِ ، وإن سَلَّمْنا فلا يَلْزَمُ أن يشْتَرِطَ ذلك الوُجُود ، إذْ لو لَزِمَ أفْضَى إلى أن تكونَ آجَالُ السَّلَمِ مَجْهُولَةً ، والمَحلُّ ما جَعَلَهُ المُتَعَاقِدَانِ مَحلًّا ، وهٰهُنا لم يَجْعَلَاهُ .

فصل : إذا تَعَذَّرَ تَسْلِيمُ المُسْلَمِ فيه عندَ المَحلِّ ، إمَّا لِغَيْبَةِ المُسْلَمِ فيه[4] أو عَجْزِه عن التَّسْلِيمِ ، حتى عَدِمَ المُسْلَمُ فيه ، أو لم تَحْمِلِ الثِّمارُ تلك السَّنَة ، فالمُسْلِمُ بالخِيَارِ بين أن يَصْبِرَ إلى أن يُوجَدَ فيُطَالِبَ به ، وبينَ أن يَفْسَخَ العَقْدَ ويَرْجِعَ بالثَّمَنِ إن كان مَوْجُودًا ، أو بمِثْلِه إن كان مِثْلِيًّا ، وإلَّا قِيمَتِه . وبه قال الشَّافِعِىُّ ، وإسحاقُ ،

١٠/٤ و

---

(٢) فى الأصل ، م زيادة : « يوم » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

وتقدم تخريج الحديث فى صفحة ٣٨٤ .

(٤) فى م : « إليه » .

وابنُ المُنْذِرِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يَنْفَسِخُ العَقْدُ بِنَفْسِ التَّعَذُّرِ ؛ لكَوْنِ المُسْلَمِ فيه مِن ثَمَرَة العامِ ، بِدَلِيلِ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ منها ، فإذا هَلَكَتْ انْفَسَخَ العَقْدُ ، كما لو بَاعَهُ قَفِيزًا من صُبْرَةٍ فهَلَكَتْ . والأَوَّلُ الصَّحِيحُ ؛ فإنَّ العَقْدَ قد صَحَّ ، وإنَّما تَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ ، فهو كما لو اشْتَرَى عَبْدًا فأَبَقَ قبلَ القَبْضِ . ولا يَصِحُّ دَعْوَى التَّعْيِينِ فى هذا العامِ ؛ فإنَّهما لو تَرَاضَيَا على دَفْعِ المُسْلَمِ فيه مِن غيرِها ، جازَ ، وإنَّما أُجْبِرَ على دَفْعِه من ثَمَرَةِ العامِ ، لِتَمْكِينِه من دَفْعِ ما هو بِصِفَةِ حَقِّه ، ولذلك يَجِبُ عليه الدَّفْعُ من ثَمَرَةِ نَفْسه إذا وَجَدَها و لم يَجِدْ غيرَها ، وليست مُتَعَيِّنَةً . وإن تَعَذَّرَ البَعْضُ ، فِلِلْمُشْتَرِى الخِيَارُ بين الفَسْخِ فى الكُلِّ ، والرُّجُوعِ بالثَّمنِ ، وبين أن يَصْبِرَ إلى حينِ الإمْكانِ ، ويُطَالِبَ بِحَقِّه . فإن أَحَبَّ الفَسْخَ فى المَفْقُودِ دون المَوْجُودِ ، فله ذلك ؛ لأنَّ الفَسادَ طَرَأَ بعد صِحَّةِ العَقْدِ ، فلا يُوجِبُ الفَسادَ فى الكُلِّ ، كما لو بَاعَهُ صُبْرَتَيْنِ فتَلِفَتْ إحْدَاهُما . وفيه وجهٌ آخَرُ : ليس له الفَسْخُ إلَّا فى الكُلِّ ، أو يَصْبِرُ ، على ما ذَكَرْنَا من الخِلَافِ فى الإقَالَةِ فى بعضِ المُسْلَمِ فيه . وإنْ قُلْنا : إنَّ الفَسْخَ يَثْبُتُ بِنَفْسِ التَّعَذُّرِ . انْفَسَخَ فى المَفْقُودِ دون المَوْجُودِ ؛ لما ذَكَرْنَا مِن أنَّ الفَسادَ الطَّارِىءَ على بعضِ المَعْقُودِ عليه لا يُوجِبُ فَسادَ / الجميعِ ، ويَثْبُتُ لِلْمُشْتَرِى خِيارُ الفَسْخِ فى المَوْجُودِ ، كما ذَكَرنا فى الوَجْهِ الأَوَّلِ . (٤/١٠ ظ)

فصل : إذا أَسْلَمَ نَصْرَانِىٌّ إلى نَصْرَانِىٍّ فى خَمْرٍ ، ثم أَسْلَمَ أَحَدُهما . فقال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَن نَحْفَظُ عنه من أَهْلِ العِلْمِ ، على أن المُسْلِمَ يَأْخُذُ دَرَاهِمَهُ . كذلك قال الثَّوْرِىُّ ، وأحْمَدُ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وبه نقولُ ؛ لأنَّه إن كان المُسْلِمُ المُسَلِّمَ فليس له اسْتِيفَاءُ الخَمْرِ ، فقد تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ المَعْقُودِ عليه ، وإن كان المُسْلَمَ إليه فقد تَعَذَّرَ عليه إيفَاؤُها ، فصارَ الأَمْرُ إلى رَأْسِ مَالِهِ .

٧٧٧ – مسألة ؛ قال : (وَيَقْبِضُ الثَّمَنَ كَامِلًا وَقْتَ السَّلَمِ قَبْلَ التَّفَرُّقِ)

هذا الشَّرْطُ السَّادِسُ ، وهو أن يَقْبِضَ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ فى مَجْلِسِ العَقْدِ ، فإن تَفَرَّقَا قبل ذلك بَطَلَ العَقْدُ . وبهذا قال أبو حنيفةَ والشَّافِعِىُّ . وقال مالِكٌ : يجوزُ

أن يَتأَخَّرَ قَبْضُه يَوْمَيْنِ وثلاثةً وأكْثَرَ ، ما لم يكُنْ ذلك شَرْطًا ؛ لأنَّه مُعاوَضَةٌ لا يَخْرُجُ بتأْخِيرِ قَبْضِه من أن يكونَ سَلَمًا ، فأَشْبَه ما لو تَأَخَّرَ إلى آخرِ المَجْلِسِ . ولَنا ، أنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، لا يجوزُ فيه شَرْطُ تأْخِيرِ العِوَضِ المُطْلَقِ ، فلا يجوزُ التَّفرُّقُ فيه قبلَ القَبْضِ ، كالصَّرْفِ ، ويُفارِقُ المَجْلِسُ ما بعدَه ، بِدَلِيلِ الصَّرْفِ . وإن قَبَضَ بعدَه ، ثم تَفرَّقَا ، فكلامُ الخِرَقِيِّ يَقْتَضِي أن لا يَصِحَّ ؛ لقولِه : « كَامِلًا » . وحُكِيَ ذلك عن ابنِ شُبْرُمَةَ والثَّوْرِيِّ . وقال أبو الخَطَّابِ : هل يَصِحُّ فى غيرِ المَقْبُوضِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . وهذا الذى يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وقد نَصَّ أحْمَدُ فى رِوَايَةِ ابن مَنْصُورٍ ، إذا أَسْلَمَ ثَلاثَمائة دِرْهَمٍ فى أصْنَافٍ شَتَّى ؛ مائةً فى حِنْطَةٍ ، (1)ومائةً فى شَعِيرٍ(1) ، ومائةً فى شىءٍ آخَرَ ، فخَرَجَ فيها زُيُوفٌ ، رَدَّ على الأَصْنافِ الثَّلاثَةِ ، على كلِّ صِنْفٍ بِقَدْرِ ما وَجَدَ من الزُّيُوفِ ، فصَحَّ(2) العَقْدُ فى البَاقِى بِحِصَّتِه من الثمَنِ . وقال الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، فى مَن أَسْلَمَ أَلْفًا إلى رَجُلٍ ، فَقَبَّضَهُ نِصْفَه ، وأحَالَه بِنِصْفِه ، أو كان له دَيْنٌ على المُسْلَمِ إليه بقَدْرِ نِصْفِه ، فحَسَبَهُ عليه من الأَلْفِ : فإنه يَصِحُّ السَّلَمُ فى النِّصْفِ المَقْبُوضِ ، ويَبْطُلُ فى البَاقِى . فأَبْطَلَ السَّلَمَ فيما لم يَقْبِضْ ، وصَحَّحَهُ فيما قَبَضَ . وحُكِيَ عن أبى حنيفةَ أنَّه قال : يَبْطُلُ فى الحَوالَةِ فى الكُلِّ . وفى المَسْأَلَةِ الأُخْرَى : يَبْطُلُ فيما لم يَقْبِضْ ، ويَصِحُّ فيما قَبَضَ بِقِسْطِه ؛ بناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ .

فصل : وإن قَبَضَ الثَّمَنَ فوَجدَهُ رَدِيئًا ، فرَدَّهُ / والثَّمَنُ مُعَيَّنٌ ، بَطَلَ العَقْدُ بِرَدِّه ، ويَبْتَدِئَانِ عَقْدًا آخَرَ إن أَحَبَّا . وإن كان فى الذِّمَّةِ ، فله إبْدالُه فى المَجْلِسِ ، ولا يَبْطُلُ العَقْدُ بِرَدِّه ؛ لأنَّ العَقْدَ إنَّما وَقَعَ على ثَمَنٍ سَلِيمٍ ، فإذا دَفَعَ إليه ما ليس بِسَلِيمٍ ، كان له المُطَالَبَةُ بالسَّلِيمِ ، ولا يُؤَثِّرُ قَبْضُ المَعِيبِ فى العَقْدِ . وإن تَفرَّقَا ، ثم عَلِمَ عَيْبَه فرَدَّهُ ، ففيه وَجْهانِ : أَحَدُهما ، يَبْطُلُ العَقْدُ بِرَدِّهِ ، لِوُقُوعِ القَبْضِ بعد التَّفرُّقِ ، ١١/٤ و

(1-1) سقط من : ا .

(2) فى ا : « فصحح » .

ولا يجوزُ ذلك فى السَّلَمِ . والثانى ، لا يَبْطُلُ ؛ لأنَّ القَبْضَ الأَوَّلَ كان صَحِيحًا ؛ بِدَلِيلِ ما لو أَمْسَكَهُ ولم يَرُدَّهُ ، وهذا يَدُلُّ على المَقْبُوضِ . وهذا قولُ أبى يوسفَ ومحمدٍ . وهو أحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ . واخْتِيَارُ المُزَنِيِّ ، لكن من شَرْطِه أن يَقْبِضَ البَدَلَ فى مَجْلِسِ الرَّدِّ ، فإن تَفَرَّقَا عن مَجْلِسِ الرَّدِّ قبلَ قَبْضِ البَدَلِ لم يَصِحَّ ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لِخُلُوِّ العَقْدِ عن قَبْضِ الثَّمَنِ بعد تَفَرُّقِهما . وإن وَجَدَ بعضَ الثَّمَنِ رَدِيئًا فَرَدَّهُ ، فعلى المَرْدُودِ التَّفْصِيلُ الذى ذَكَرْنَاهُ . وهل يَصِحُّ فى غيرِ الرَّدِىءِ إذا قُلْنا بِفَسادِه فى الرَّدِىءِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ .

فصل : وإن خَرَجَتِ الدَّرَاهِمُ مُسْتَحَقَّةً والثَّمَنُ مُعَيَّنٌ ، لم يَصِحَّ العَقْدُ . قال أحمدُ : إذا خَرَجَتِ الدَّرَاهِمُ مَسْرُوقَةً ، فليس بينهما بَيْعٌ ؛ وذلك لأنَّ الثَّمَنَ إذا كان مُعَيَّنًا فقد اشْتَرَى بِعَيْنِ مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، وإن كان غيرَ مُعَيَّنٍ فلَهُ المُطَالَبَةُ بِبَدَلِه فى المَجْلِسِ . وإن قَبَضَهُ ثم تَفَرَّقَا بَطَلَ العَقْدُ ؛ لأنَّ المَقْبُوضَ لا يَصْلُحُ عِوَضًا ، فقد تَفَرَّقَا قبلَ أخْذِ الثَّمَنِ ، إلَّا على الرِّوَايَةِ التى تقول بِصِحَّةِ تَصَرُّفِ الفُضُولِيِّ . (3)، أو أنَّ النُّقُودَ لا تَتَعَيَّنُ بالتَّعْيِينِ(3) . وإن وجد بعضه مُسْتَحَقًّا ، بَطَلَ فى ذلك البعضِ ، وفى البَاقِى وَجْهانِ ، بِنَاءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ .

فصل : إذا كان له فى ذِمَّةِ رَجُلٍ دِينَارٌ ، فجَعَلَهُ سَلَمًا فى طَعَامٍ إلى أَجَلٍ ، لم يَصِحَّ . قال ابن المُنْذِرِ : أَجْمَعَ على هذا كُلُّ مَن أَحْفَظُ عنه من أَهْلِ العِلْمِ ، منهم مَالِكٌ ، والأَوْزَاعِيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، وأحمدُ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، والشَّافِعِيُّ . وعن ابن عمرَ أنَّه قال : لا يَصْلُحُ(4) ذلك . وذلك لأنَّ المُسْلَمَ فيه دَيْنٌ ، فإذا جَعَلَ الثَّمَنَ دَيْنًا كان بَيْعَ دَيْنٍ بِدَيْنٍ ، ولا يَصِحُّ ذلك بالإجْماعِ . ولو قال : أَسْلَمْتُ إليكَ مائةَ دِرْهَمٍ فى كُرٍّ(5) طَعَامٍ . وشَرَطَا أن يُعَجِّلَ له منها خَمْسِينَ وخَمْسِينَ / إلى أَجَلٍ ، ‏١١/٤ ظ

(3 - 3) سقط من : م .

(4) فى م : « يصح » .

(5) الكر : أربعون إردبا .

لم يَصِحَّ العَقْدُ فى الكِلِّ ، على قولِ الخِرَقِىِّ ، ويُخَرَّجُ [فى][6] صِحَّته فى قَدْرِ المَقْبُوضِ وَجْهانِ ، بنَاءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ ؛ أحدُهما ، يَصِحُّ . وهو قولُ أبى حنيفةَ . والثانى ، لا يَصِحُّ . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ . وهو أَصَحُّ ؛ لأنَّ لِلْمُعَجَّلِ فَضْلًا على المُؤَجَّلِ ، فيَقْتَضِى أن يكونَ فى مُقَابَلَتِه أكْثَرَ ممَّا فى مُقَابَلَةِ المُؤَجَّلِ ، والزِّيَادَةُ مَجْهُولَةٌ ، فلا يَصِحُّ .

٧٧٨ ـ مسألة ؛ قال : (ومَتَى عَدِمَ شَىْءٌ مِنْ هٰذِهِ الْأَوْصَافِ ، بَطَلَ)

وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ هذه الأَوْصافَ السِّتَّةَ التى ذَكَرْنَاهَا ، لا يَصِحُّ السَّلَمُ إلَّا بها ، وقد دَلَّلْنَا على ذلك . واخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فى شَرْطَيْنِ آخَرَيْنِ :

أحدُهما ، مَعْرِفَةُ صِفَةِ الثَّمَنِ المُعَيَّنِ . ولا خِلَافَ فى اشْتِرَاطِ مَعْرِفَةِ صِفَتِه إذا كان فى الذِّمَّةِ ؛ لأنَّه أحَدُ عِوَضَىِ السَّلَمِ ، فإذا لم يكُنْ مُعَيَّنًا اشْتَرَطَ مَعْرِفَةَ صِفَتِه ، كالمُسْلَمِ فيه ، إلَّا أنَّه إذا أُطْلِقَ وفى البَلَدِ نَقْدٌ مُعَيَّنٌ ، انْصَرَفَ الإطْلَاقُ إليه ، وقَامَ مَقَامَ وَصْفِه ، فأمَّا إن كان الثَّمَنُ مُعَيَّنًا ، فقال القاضى وأبو الخَطَّابِ : لابُدَّ من مَعْرِفَةِ وَصْفِه . واحْتَجَّا بقولِ أحمدَ : يقولُ : أسْلَمْتُ إليك كذا وكذا دِرْهَمًا . ويَصِفُ الثَّمن . فَاعْتَبَرَ ضَبْطَ صِفَتِه . وهذا قولُ مالِكٍ وأبى حنيفةَ ؛ لأنَّه عَقْدٌ لا يَمْلِكُ إتْمامَهُ فى الحالِ ، ولا تَسْلِيمَ المَعْقُودِ عليه ، ولا يُؤْمَنُ انْفِسَاخُه ، فوَجَبَ مَعْرِفَةُ رَأْسِ المُسْلَمِ فيه ، لِيَرُدَّ بَدَلَهُ ، كالقَرْضِ والشَّرِكَةِ . ولأنَّه لا يُؤْمَنُ أن يَظْهَرَ بعضُ الثمَنِ مُسْتَحَقًّا ، فَيَنْفَسِخَ العَقْدُ فى قَدْرِه ، فلا يَدْرِى فى كَمْ بَقِىَ وكَمْ انْفَسَخَ ؟ فإن قيل : هذا مَوْهُومٌ ، والمَوْهُوماتُ لا تُعْتَبَرُ . قُلْنا : التَّوَهُّمُ مُعْتَبَرٌ هٰهُنا ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الجَوازِ ، وإنَّما جُوِّزَ إذا وَقَعَ الأَمْنُ من الغَرَرِ ، ولم يُوجَدْ هٰهُنا ، بِدَلِيلِ ما إذا أسْلَمَ فى ثَمَرَةِ بُسْتَانٍ بعَيْنِه ، أو قَدَّرَ المُسْلَمَ فيه بِصَنْجَةٍ أو مِكْيَالٍ مُعَيَّنٍ ، فإنَّه لا يَصِحُّ .

---

(٦) تكملة .

وظَاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِيِّ ، أنَّه لا يُشْتَرَطُ ؛ لأنَّه ذَكَرَ شَرَائِطَ السَّلَمِ و لم يَذْكُرْهُ . وهو أحَدُ قَوْلَي الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه عِوَضٌ مُشاهَدٌ ، فلم يَحْتَجْ إلى مَعْرِفَةِ قَدْرِه ، كبُيُوعِ الأَعْيانِ . وكَلَامُ أحمدَ إنَّما تَناوَل غيرَ المُعَيَّنِ[1] ، ولاخِلَافَ فى اعْتِبارِ أوْصَافِه .

١٢/٤ و وَدَلِيلُهم يَنْتَقِضُ بعَقْدِ الإجارَةِ ، وأنَّه / يَنْفَسِخُ بتَلَفِ العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ ، ولا يَحْتَاجُ مع اليَقِينِ إلى مَعْرِفَةِ الأَوْصَافِ . ولأنَّ رَدَّ مثلِ الثَّمَنِ إنَّما يُسْتَحَقُّ عند فَسْخِ العَقْدِ ، لا من جِهَةِ عَقْدِه ، وجَهالَةُ ذلك لا تُؤَثِّرُ ، كما لو بَاعَ المَكِيلَ ، أو المَوْزُونَ[2] . ولأنَّ العَقْدَ [3]قد تَمَّتْ شَرَائِطُه[3] . فلا يَبْطُلُ بأَمْرٍ مَوْهُومٍ[4] ، فعَلَى القولِ الذى يَعْتَبِرُ صِفَاتَهُ ، لا يَجُوزُ أن يَجْعَلَ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ مالا يُمْكِنُ ضَبْطُ صِفَاتِه ، كالجَوَاهِرِ وسائِرِ ما لا يَجُوزُ السَّلَمُ فيه ، فإن جَعَلَاهُ سَلَمًا بَطَلَ العَقْدُ ، ويَجِبُ رَدُّه إن كان مَوْجُودًا ، وقِيمَتِه إن عُرِفَتْ إذا كان مَعْدُومًا . فإن اخْتَلَفَا ، فالقولُ قولُ المُسْلَمِ إليه ؛ لأنَّه غَارِمٌ . وهكذا إن حَكَمْنَا بصِحَّةِ العَقْدِ ثم انْفَسَخَ . وان اخْتَلَفَا فى المُسْلَمِ فيه ، فقال أحَدُهما : فى مائة مُدْيِ حِنْطَةٍ . وقال الآخَرُ : فى مائةِ مُدْيِ شَعِيرٍ . تحَالَفَا ، وتَفَاسَخَا به . قال الشَّافِعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ : كما لو اخْتَلَفَا فى ثَمَنِ المَبِيعِ .

فصل : وكل مَالَيْنِ حُرِّمَ النَّسَاءُ فيهما ، لا يجوزُ إسْلامُ أحدِهما فى الآخَرِ ؛ لأنَّ السَّلَمَ مِن شَرْطِهِ النَّسَاءُ والتَّأْجِيلُ . والخِرَقِيُّ مَنَعَ بَيْعَ العُرُوضِ بعضِها ببعضٍ نَسَاءً . فعلَى قولِه لا يجوزُ إسْلامُ بعضِها فى بعضٍ . وقال ابنُ أبى موسى : لا يجوزُ أن يكونَ رأْسُ مَالِ السَّلَمِ إلَّا عَيْنًا أو وَرِقًا . وقال القاضى : وهو ظَاهِرُ كلامِ أحمدَ هٰهُنا . قال ابنُ المُنْذِرِ . قيل لأحمدَ : يُسْلِمُ مَا يُوزَنُ فيما يُكَالُ ، وما يُكَالُ فيما يُوزَنُ ؟

---

(١) فى م : « العين » .

(٢) فى الأصل : « والموزون » .

(٣ – ٣) فى ا : « قد تم بشرائطه » . وفى م : « تمت شرائطه » .

(٤) فى م : « موهوب » تحريف .

فلم يُعْجِبْه . وعلى هذا لا يجوزُ أن يكونَ المُسْلَمُ فيه ثَمَنًا . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّها لا تَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ إلَّا ثَمَنًا ، فلا تكونُ مُثْمَنَةً . وعلى الرِّوَايَةِ التى تقولُ بِجَوَازِ النَّساءِ فى العُرُوضِ ، يجوزُ أن يكونَ رأسُ مَالِ السَّلَمِ عَرْضًا ، كالثَّمَنِ سَوَاءً ، ويجوزُ إسْلامُها فى الأَثْمَانِ . قال الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ : يجوزُ السَّلَمُ فى الدَّرَاهِمِ والدَّنَانِيرِ . وهذا مذهبُ مالِكٍ والشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّها تَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ صَدَاقًا ، فتَثْبُتُ سَلَمًا ، كالعُرُوضِ . ولأنَّه لا رِبًا بينهما من حيثُ التَّفاضُلُ ولا النَّسَاءُ ، فصَحَّ إسْلامُ أحَدِهما فى الآخَرِ ، كالعَرْضِ فى العَرْضِ ، ولا يَصِحُّ ما قالَه أبو حنيفةَ ؛ فإنَّه لو بَاعَ دَرَاهِمَ بِدَنَانِيرَ صَحَّ ، ولابُدَّ أن يكونَ أحَدُهما مُثْمَنًا . فعلى هذا إذا أسْلَمَ عَرْضًا فى عَرْضٍ مَوْصُوفٍ بِصِفَاتِه ، فجَاءَهُ عندَ الحُلُولِ بذلك العَرْضِ بِعَيْنِه ، لَزِمَهُ / قَبُولُه ، على أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه أتَاهُ بالمُسْلَمِ فيه على صِفَتِه ، فلَزِمَهُ قَبُولُه ، كما لو كان غيرَه . والثانى ، لا يَلْزَمُه ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى كَوْنِ الثَّمَنِ هو المُثْمَنَ ، ومَن نَصَرَ الأَوَّلَ قال[5] : هذا لا يَصِحُّ ؛ لأن الثَّمَنَ[6] إنَّما هو فى الذِّمَّةِ . وهذا عِوَضٌ عنه . وهكذا لو أسْلَمَ جَارِيَةً صَغِيرَةً فى كَبِيرَةٍ ، فحلَّ المَحلُّ وهى على صِفَةِ المُسْلَمِ فيه ، فأحْضَرَها ، فعلى احْتِمالَيْنِ أيضا ؛ أحدُهما ، لا[7] يَصِحُّ ؛ لما ذَكَرْنَا ، ولأنَّه يُفْضِى إلى أن يكونَ قد اسْتَمْتَعَ بها ورَدَّهَا خَالِيَةً عن عُقْرٍ[8] . والثانى ، يجوزُ ؛ لأنَّه أحْضَرَ المُسْلَمَ فيه على صِفَتِه . ويَبْطُلُ الأَوَّلُ بما إذا وَجَدَ بها عَيْبًا فرَدَّهَا . واخْتَلَفَ أصْحَابُ الشَّافِعِىِّ فى هاتَيْنِ المَسْأَلَتَيْنِ على هٰذَيْنِ الوَجْهَيْنِ . وإن فَعَل ذلك حِيلَةً ؛ لِيَنْتَفِعَ بالعَيْنِ ، أو لِيَطَأَ الجَارِيَةَ ثم يَرُدَّها بغيرِ عِوَضٍ ، لم يَجُزْ ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ الحِيَلَ كلَّها بَاطِلَةٌ .

١٢/٤ ظ

(٥) فى م : « فان » . خطأ .

(٦) فى ا : « المثمن » .

(٧) سقط من : الأصل ، م .

(٨) العقر : دية الفرج المغصوب .

الشَّرْط الثانى المُخْتَلَفُ فيه ، تَعَيُّنُ مَكَانِ الإيفَاءِ . قال القاضِى : ليس بِشَرْطٍ . وحَكاهُ ابنُ المُنْذِرِ عن أحمدَ ، وإسحاقَ ، وطَائِفَةٍ من أَهْلِ الحَدِيثِ . وبه قال أبو يوسفَ ومحمدٌ . وهو أحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « من أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ فى كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أو وَزْنٍ مَعْلُومٍ ، إلى أجَلٍ مَعْلُومٍ »[٩] . ولم يَذْكُرْ مَكَانَ الإيفَاءِ ، فدَلَّ على أنَّه لا يُشْتَرَطُ . وفى الحَدِيثِ الذى فيه ، أنَّ اليَهُودِىَّ أسْلَمَ إلى النَّبىِّ ﷺ ، فقال النَّبىُّ ﷺ : « أَمَّا مِنْ حَائِطِ بَنِى فُلَانٍ فَلا ، ولٰكِنْ كَيْلٌ مُسَمًّى ، إلَى أجَلٍ مُسَمًّى »[١٠] . ولم يَذْكُرْ مكانَ الإيفَاءِ . ولأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فلا يُشْتَرَطُ فيه ذِكْرُ مَكانِ الإيفَاءِ ، كبُيُوعِ الأعْيانِ ، وقال الثَّوْرِىُّ : يُشْتَرَطُ ذِكْرُ مَكانِ الإيفَاءِ . وهو القولُ الثانى للشَّافِعِىِّ . وقال الأوْزَاعِىُّ : هو مَكْرُوهٌ ؛ لأنَّ القَبْضَ يَجِبُ بِحُلُولِه ، ولا يُعْلَمُ مَوْضِعُهُ حِينَئِذٍ ، فيَجِبُ شَرْطُه لئَلَّا يكونَ مَجْهُولًا . وقال أبو حنيفةَ ، وبعضُ أصْحَابِ الشَّافِعِىِّ : إنْ كان لِحَمْلِه[١١] مُؤْنَةٌ ، وَجَبَ شَرْطُه ، وإلَّا فلا يَجِبُ ؛ لأنَّه إذا كان لِحَمْلِه مُؤْنَةٌ اخْتَلَفَ فيه الغَرَضُ ، بخِلَافِ ما لا مُؤْنَةَ فيه . وقال ابنُ أبى موسى : إنْ كانا فى بَرِّيَّةٍ لَزِمَ[١٢] ذِكْرُ مَكَانِ الإيفَاءِ ، وإن لم يكُونَا فى بَرِّيَّةٍ ، فذِكْرُ مكانِ الإيفَاءِ حَسَنٌ ، وإن لم يَذْكُرَاهُ كان الإيفاءُ مكانَ العَقْدِ ؛ لأنَّه متى كانا فى بَرِّيَّةٍ لم يُمْكِنِ التَّسْلِيمُ فى مكانِ العَقْدِ ، فإذا / تَرَكَ ذِكْرَه كان مَجْهُولًا ، وإن لم يكُونَا فى بَرِّيَّةٍ اقْتَضَى العَقْدُ التَّسْلِيمَ فى مَكَانِه ، فاكْتَفَى بذلك عن ذِكْرِه ، فإن ذَكَرَه كان تَأْكِيدًا ، فكان حَسَنًا . فإن شَرَطَ الإيفَاءَ فى مَكَانٍ سَواءٍ ، صَحَّ ؛ لأنَّه عَقْدُ بَيْعٍ ، فصَحَّ شَرْطُ ذِكْرِ الإيفَاءِ فى غيرِ مَكَانِه ، كَبُيُوعِ الأعْيَانِ . ولأنَّه شَرَطَ ذِكْرَ مَكانِ الإيفَاءِ ، فَصَحَّ ، كما لو ذَكَرَهُ فى مَكَانِ العَقْدِ . وذَكَرَ ابنُ أبى موسى رِوَايَةً أُخْرَى ، أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه شَرَطَ خِلَافَ ما اقْتَضَاهُ العَقْدُ ، لأنَّ العَقْدَ يَقْتَضِى

١٣/٤ و

---

(٩) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٤ .

(١٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٠٦ .

(١١) فى م هنا وفيما يأتى : « لحمه » خطأ .

(١٢) فى ا : « لزمه » .

الإيفاءَ فى مَكَانِه . وقال القاضِى ، وأبو الخَطَّابِ : متى ذَكَرَ مَكانَ الإيفَاءِ ، ففيه رِوَايَتانِ ، سَوَاء شَرَطَهُ فى مَكَانِ العَقْدِ أو فى غيره ؛ لأنَّ فيه غَرَرًا ، لأنَّه ربَّما تَعَذَّرَ تَسْلِيمُه فى ذلك المَكَانِ ، فأشْبَهَ تَعْيِينَ المِكْيَالِ . واخْتارَهُ أبو بكرٍ . وهذا لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ فى تَعْيِينِ المَكَانِ غَرَضًا ومَصْلَحَةً لهما ، فأشْبَهَ تَعْيِينَ الزَّمَانِ . وما ذَكَرُوهُ من احْتِمالِ تَعَذُّرِ التَّسْلِيمِ فيه يَبْطُلُ بتَعْيِينِ الزَّمَانِ ، ثم لا يَخْلُو إمَّا أن يكونَ مُقْتَضَى العَقْدِ التَّسْلِيمَ فى مَكَانِه ، فإذا شَرَطَهُ فقد شَرَطَ مُقْتَضَى العَقْدِ ، أو لا يكونَ ذلك مُقْتَضَى العَقْدِ ، فيَتَعَيَّنَ ذِكْرُ مَكَانِ الإيفَاءِ ، نَفْيًا لِلْجَهَالَةِ عنه ، وقَطْعًا للتَّنَازُعِ ، فالغَرَرُ فى تَرْكِه لا فى ذِكْرِه . وفَارَقَ تَعْيِينَ المِكْيَالِ ، فإنَّه لا حَاجَةَ إليه ، ويَفُوتُ به عِلْمُ المِقْدَارِ المُشْتَرَطِ لِصِحَّةِ العَقْدِ ، ويُفْضِى إلى التَّنَازُعِ ، وفى مَسْأَلَتِنَا لا يَفُوتُ به شَرْطٌ ، ويَقْطَعُ التَّنَازُعَ ، والمَعْنَى[13] المانِعُ من التَّقْدِيرِ بِمِكْيَالٍ بِعَيْنِه مَجْهُولٍ هو المُقْتَضِى لِشَرْطِ مَكَانِ الإيفَاءِ ، فكَيْفَ يَصِحُّ قِياسُهُم عليه .

٧٧٩ ـ مسألة ؛ قال : (**وبَيْعُ المُسْلَمِ فِيهِ مِنْ بَائِعِه ، أوْ مِنْ غَيْرِه ، قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَاسِدٌ . وكَذٰلِكَ الشَّرِكَةُ فِيهِ ، والتَّوْلِيَةُ ، والْحَوَالَةُ بِهِ ، طَعَامًا كَانَ أوْ غَيْرَهُ**)

أمَّا بَيْعُ المُسْلَمِ فيه قبلَ قَبْضِه ، فلا نَعْلَمُ فى تَحْرِيمِه خِلَافًا ، وقد نَهَى النَّبِىُّ ﷺ عن بَيْعِ الطَّعَامِ قبل قَبْضِه ، وعن رِبْحِ ما لم يُضْمَنْ[1] . ولأنَّه مَبِيعٌ لم يَدْخُلْ فى ضَمَانِه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كالطَّعَامِ قبلَ قَبْضِه . وأمَّا الشَّرِكَةُ فيه والتَّوْلِيَةُ ، فلا تجوزُ أيضا ؛ لأنَّهما بَيْعٌ على ما ذَكَرْنَا من قبلُ . وبهذا قال أكْثَرُ أهْلِ العِلْمِ . وحُكِىَ عن مَالِكٍ جَوازُ الشَّرِكَةِ والتَّوْلِيَةِ ؛ لما رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنه نَهَى عن بَيْعِ الطَّعَامِ قبلَ قَبْضِه ، وأرْخَصَ فى الشَّرِكَةِ والتَّوْلِيَةِ[2] . ولَنا ، أنَّها مُعَاوَضَةٌ فى المُسْلَمِ فيه

---

(١٣) فى النسخ : « المعنى » .

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٢ ، ٣٣٤ .

(٢) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب التولية فى البيع والإقالة ، من كتاب البيوع . المصنف ٨/٤٩ .

١٣/٤ ظ / قبلَ القَبْضِ ، فلم يَجُزْ ، كما لو كانت بِلَفْظِ البَيْعِ . ولأنَّهما نَوْعَا بَيْعٍ ، فلم يَجُوزَا في المُسْلَمِ قبلَ قَبْضِه ، كالنَّوْعِ الآخَرِ ، والخَبَرُ لا نَعْرِفُهُ ، وهو حُجَّةٌ لنا ؛ لأنَّه نَهى عن بَيْعِ الطَّعَامِ قبلَ قَبْضِه ، والشَّرِكَةُ والتَّوْلِيَةُ بَيْعٌ ، فيَدْخُلانِ في النَّهْيِ . ويُحْمَلُ قولُه : وأَرْخَصَ في الشَّرِكَةِ والتَّوْلِيَةِ . على أنَّه أَرْخَصَ فيهما في الجُمْلَةِ ، لا في هذا المَوْضِعِ . وأمَّا الإِقَالَةُ فإنَّها فَسْخٌ ، ولَيْسَتْ بَيْعًا . وأمَّا الحَوالَةُ به فغيرُ جَائِزَةٍ[3] ، لأنَّ الْحَوالَةَ إنَّما تجوزُ على دَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ ، والسَّلَمُ بعَرَضِ الفَسْخِ ، فليس بمُسْتَقِرٍّ . ولأنَّه نَقْلٌ لِلْمِلْكِ في المُسْلَمِ فيه على غيرِ وَجْهِ الفَسْخِ ، فلم يَجُزْ كالبَيْعِ . ومعنى الحَوالَةِ به ، أن يكونَ لِرَجُلٍ طَعَامٌ من سَلَمٍ ، وعليه مثلُه من قَرْضٍ أو سَلَمٍ آخَرَ أو بَيْعٍ ، فيُحِيلُ بما عليه من الطَّعَامِ على الذى له عنده السَّلَمُ ، فلا يجوزُ . وإن أَحَالَ المُسْلَمُ إليه المُسْلِمَ بالطَّعَامِ الذى عليْه لم يَصِحَّ أيضا ؛ لأنَّه مُعَاوَضَةٌ بالمُسْلَمِ فيه قبلَ قَبْضِه ، فلم يَجُزْ ، كالبَيْعِ . وأمَّا بَيْعُ المُسْلَمِ فيه من بَائِعِه ، فهو أن يَأْخُذَ غيرَ ما أُسْلَمَ فيه عِوَضًا عن المُسْلَمِ فيه . فهذا حَرَامٌ ، سواءٌ كان المُسْلَمُ فيه مَوْجُودًا أو مَعْدُومًا ، سواءٌ كان الْعِوَضُ[4] مثلَ المُسْلَمِ فيه في القِيمَةِ ، أو أَقَلَّ ، أو أَكْثَرَ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِيُّ . وذَكَرَ ابنُ أبي موسى ، عن أحمدَ ، رِوَايَةً أخرى في مَن أَسْلَمَ في بُرٍّ ؛ فعَدِمَهُ عند المَحِلِّ ، فرَضِيَ المُسْلِمُ بِأَخْذِ الشَّعِيرِ مَكَانَ البُرِّ ، جازَ . ولم يَجُزْ أَكْثَرُ من ذلك . وهذا يُحْمَلُ على الرِّوَايَةِ التي فيها أن البُرَّ والشَّعِيرَ جِنْسٌ واحِدٌ ، والصَّحِيحُ في المَذْهَبِ خِلَافُه . وقال مالِكٌ : يجوزُ أن يَأْخُذَ غيرَ المُسْلَمِ فيه مَكَانَه ، يَتَعَجَّلُه ولا يُؤَخِّرُه إلَّا[5] الطَّعَام . قال ابن المُنْذِرِ : وقد ثَبَتَ أن ابنَ عَبَّاسٍ قال : إذا أَسْلَمَ في شيءٍ إلى أَجَلٍ فإن أَخَذْتَ ما أَسْلَفْتَ فيه ، وإلَّا فَخُذْ

---

(٣) في م : « جائز » .

(٤) في م : « العرض » . تحريف .

(٥) في النسخ : « إلى » .

عِوَضًا[٦] أَنْقَصَ منه ، ولا تَرْبَحْ مَرَّتَيْنِ . رَوَاهُ سَعِيدٌ فى « سُنَنِه » . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ فِى شَىْءٍ ، فَلَا يَصْرِفْه إِلَى غَيْرِهِ » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ ، وابنُ مَاجَه[٧] . ولأنَّ أخْذَ العِوَضِ عن المُسْلَمِ فيه بَيْعٌ ، فلم يَجُزْ ، كبَيْعِه مِن غيرِه . فأمَّا إنْ أعْطَاهُ من جِنْسِ ما أسْلَمَ فيه خَيْرًا منه ، أو دُونَه فى الصِّفَاتِ ، جَازَ ؛ لأنَّ ذلك ليس بِبَيْعٍ ، إنَّما هو قَضَاءٌ لِلْحَقِّ ، مع تَفَضُّلٍ من أحَدِهما .

فصل : فأمَّا الإقَالَةُ فى المُسْلَمِ فيه ، فجَائِزَةٌ ، لأنَّها فَسْخٌ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه من / أَهْلِ العِلْمِ ، على أنَّ الإقَالَةَ فى جَمِيعِ ما أسْلَمَ فيه جَائِزَةٌ ؛ لأنَّ الإقَالَةَ فَسْخٌ لِلْعَقْدِ ، ورَفْعٌ له من أصْلِه ، وليستْ بَيْعًا . قال القاضى : ولو قال : لى عِنْدَكَ هذا الطَّعَامُ ، صَالِحْنِى منه على ثَمَنِه . جَازَ ، وكانت إقَالَةً صَحِيحَةً . فأمَّا الإقَالَةُ فى بعضِ المُسْلَمِ فيه ، فاخْتَلَفَ[٨] عن أحمدَ فيها ؛ فَرُوِىَ عنه أنَّها لا تجوزُ . وَرُوِيَتْ كَرَاهَتُها عن ابنِ عمرَ ، وسَعِيدِ بن المُسَيَّبِ ، والحسنِ ، وابنِ سِيرِينَ ، والنَّخَعِىِّ ، وسَعِيدِ بن جُبَيْرٍ ، ورَبِيعَةَ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، وإسحاقَ . ورَوَى حَنْبَلٌ ، عن أحمدَ . أنَّه قال : لا بَأْسَ بها . وَرُوِىَ ذلك عن ابنِ عَبَّاسٍ ، وعَطاءٍ ، وطَاوُسٍ ، ومحمدِ بن علىٍّ ، وحُمَيْدِ بن عبد الرَّحْمَنِ ، وعَمْرِو بن دِينَارٍ ، والحَكَمِ ، والثَّوْرِىِّ ، والشَّافِعِىِّ ، والنُّعْمانِ وأصْحَابه ، وابنِ المُنْذِرِ . ولأنَّ الإقَالَةَ مَنْدُوبٌ إليها ، وكل مَعْرُوفٍ جَازَ فى الجَمِيعِ جَازَ فى البَعْضِ ، كالإبْرَاءِ والإنْظَارِ . وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الأُولَى ، أنَّ السَّلَفَ فى الغَالِبِ يُزَادُ فيه فى الثَّمَنِ من أجْلِ التَّأْجِيلِ ، فإذا أقَالَهُ فى البَعْضِ ، بَقِىَ البَعْضُ بالبَاقِى من الثَّمَنِ وبِمَنْفَعَةِ الجُزْءِ الذى حَصَلَتِ الإقَالَةُ فيه ، فلم يَجُزْ ، كما لو اشْتَرَطَ[٩] ذلك فى ابْتِدَاءِ العَقْدِ . ويُخَرَّجُ عليه الإبْرَاءُ

١٤/٤ و

---

(٦) فى الأصل ، ا : « عرضا » . تحريف .

(٧) أخرجه أبو داود ، فى : باب السلف لا يحول ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ /٢٤٧ . وابن ماجه ، فى : باب من أسلم فى شىء فلا يصرفه إلى غيره ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢ /٧٦٦ .

(٨) أى النقل .

(٩) فى الأصل : « شرط » .

والإِنْظَارُ ؛ فإنَّه لا يَتَعَلَّقُ به شيءٌ من ذلك .

فصل : إذا أَقَالَهُ ، رَدَّ الثَّمَنَ إن كان بَاقِيًا ، أو مِثْلَه إن كان مِثْلِيًّا ، أو قِيمَتَه إن لم يكُنْ مِثْلِيًّا . فإن أرادَ أن يُعْطِيَه عِوَضًا عنه ، فقال الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ : ليس له صَرْفُ ذلك الثَّمَنِ فى عَقْدٍ آخَرَ حتى يَقْبِضَهُ . وبه قال أبو حنيفةَ ؛ لقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ فِى شَىْءٍ ، فَلَا يَصْرِفْهُ إِلَى غَيْرِهِ »[10] . ولأنَّ هذا مَضْمُونٌ على المُسْلِمِ إليه بِعَقْدِ السَّلَمِ ، فلم يَجُز التَّصَرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِهِ ، كما لو كان فى يَدِ المُشْتَرِى . وقال القاضِى أبو يَعْلَى : يجوزُ أَخْذُ العِوَضِ عنه . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه عِوَضٌ مُستَقِرٌّ فى الذِّمَّةِ ، فجَازَ أَخْذُ العِوَضِ عنه ، كما لو كان قَرْضًا . ولأنَّه مَالٌ عَادَ إليه بِفَسْخِ العَقْدِ ، فجازَ أَخْذُ العِوَضِ عنه ، كالثَّمَنِ فى المَبِيعِ إذا فُسِخَ ، والمُسْلَمُ فيه مَضْمُونٌ بالعَقْدِ ، وهذا مَضْمُونٌ بعد فَسْخِه ، والخَبَرُ أَرَادَ به المُسْلَمَ فيه ، فلم يَتَنَاوَلْ هذا . فإنْ قلْنا بهذا ، فحُكْمُه حُكْمُ ما لو كان قَرْضًا أو ثَمَنًا فى بُيُوعِ الأَعْيَانِ ، لا يجوزُ جَعْلُه سَلَمًا فى شيءٍ آخَرَ ؛ لأنَّه يكُونُ بَيْعَ دَيْنٍ بِدَيْنٍ ، ويجوزُ فيه ما يجوزُ فى / القَرْضِ وأَثْمَانِ البِيَاعَاتِ إذا فُسِخَتْ . ١٤/٤ ظ

٧٨٠ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَسْلَمَ فِى جِنْسَيْنِ ثَمَنًا وَاحِدًا ، لَم يَجُزْ ، حَتَّى يُبَيِّنَ ثَمَنَ كُلِّ جِنْسٍ)

صُورةُ ذلك أن يُسْلِمَ دِينَارًا واحِدًا فى قَفِيزِ حِنْطَةٍ وقَفِيزِ شَعِيرٍ ، ولا يُبَيِّنَ ثَمَنَ الحِنْطَةِ من الدِّينَارِ ، ولا ثَمَنَ الشَّعِيرِ ، فلا يَصِحُّ ذلك . وجَوَّزَهُ مالِكٌ . وللشَّافِعِىِّ قَوْلَانِ كالمَذْهَبَيْنِ . واحْتَجُّوا بأنَّ كلَّ عَقْدٍ جَازَ على جِنْسَيْنِ فى عَقْدَيْنِ ، جَازَ عليهما فى عَقْدٍ واحِدٍ ، كبُيُوعِ الأعْيانِ ، وكما لو بَيَّنَ ثَمَنَ أحدِهما . ولَنا ، أنَّ ما يُقَابِلُ كلَّ واحِدٍ من الجِنْسَيْنِ مَجْهُولٌ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو عَقَدَ عليه مُفْرَدًا بِثَمَنٍ مَجْهُولٍ .

---

(١٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٤١٧ .

ولأنَّ فيه غَرَرًا أنَّنا[1] لا نَأْمَنُ الفَسْخَ بِتَعَذُّرِ أَحَدِهما ، فلا يَعْرِفُ بم يَرْجِعُ ؟ وهذا غَرَرٌ أَثَّرَ مِثْلُه فى السَّلَمِ . وبِمِثْلِ هذا عَلَّلْنَا مَعْرِفَةَ صِفَةِ الثَّمَنِ وقَدْرِهِ . وقد ذَكَرْنَا ثَمَّ وَجْهًا آخَرَ ، أنَّه لا يُشْتَرَطُ ، فيُخَرَّجُ هٰهُنا مثلُه ؛ لأنَّه فى مَعْنَاه . ولأنَّه لمَّا جَازَ أن يُسْلِمَ فى شَىْءٍ واحِدٍ إلى أَجَلَيْنِ ، ولا يُبَيِّنَ ثَمَنَ كلِّ واحِدٍ منهما ، كذا هٰهُنا . قال ابنُ أبى موسى : ولا يجوزُ أن يُسْلِمَ خَمْسَةَ دَنَانِيرَ وخَمْسِينَ دِرْهَمًا فى كُرِّ حِنْطَةٍ ، حتى يُبَيِّنَ حِصَّتَهما لكلِّ واحِدٍ منهما مِن الثَّمَنِ . والأَوْلَى صِحَّةُ هذا ؛ لأنَّه إذا تَعَذَّرَ بعضُ المُسْلَمِ فيه ، رَجَعَ بِقِسْطِه منهما ؛ إن تَعَذَّرَ النِّصْفُ رَجَعَ بِنِصْفِهِما ، وإن تَعَذَّرَ الخُمْسُ رَجَعَ بِدِينَارٍ وعَشَرَةِ دَراهِمَ .

٧٨١ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا أَسْلَمَ فِى شَىْءٍ وَاحِدٍ ، عَلَى أَنْ يَقْبِضَهُ فِى أَوْقَاتٍ مُتَفَرِّقَةٍ أَجْزَاءً مَعْلُومَةً ، فَجَائِزٌ**)

قال الأَثْرَمُ : قلتُ لأبى عبدِ اللهِ : الرَّجُلُ يَدْفَعُ إلى الرَّجُلِ الدَّرَاهِمَ فى الشىءِ يُؤْكَلُ ، فيَأْخُذُ منه كلَّ يَوْمٍ من تلك السِّلْعَةِ شَيْئًا ؟ فقال : على مَعْنَى السَّلَمِ إذًا ؟ فقلتُ : نعم . قال : لا بَأْسَ . ثم قال : مثلُ الرَّجُلِ القَصَّابِ ، يُعْطِيهِ الدِّينَارَ على أن يَأْخُذَ منه كل يَوْمٍ رِطْلًا من لَحْمٍ قد وَصَفَهُ . وبهذا قال مَالِكٌ . وقال الشَّافِعِىُّ : إذا أَسْلَمَ فى جِنْسٍ واحِدٍ إلى أَجَلَيْنِ ، ففيه قَوْلَانِ : أَحَدُهما : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ ما يُقَابِلُ أَبْعَدَهما أَجَلًا أَقَلُّ ممَّا يُقَابِلُ الآخَرَ ، وذلك مَجْهُولٌ ، فلم يَجُزْ . ولَنا ، أنَّ كلَّ بَيْعٍ جَازَ فى أَجَلٍ واحِدٍ ، جَازَ فى أَجَلَيْنِ وآجالٍ ، كبُيُوعِ الأَعْيَانِ ، فإذا قَبَضَ البَعْضَ وتَعَذَّرَ قَبْضُ الباقِى ، ففَسَخَ العَقْدَ ، رَجَعَ بقِسْطِه من الثَّمنِ ، ولا يَجْعَلُ للباقِى فَضْلًا عن / المَقْبُوضِ ؛ لأنَّه مَبِيعٌ واحدٌ مُتَماثِلُ الأَجْزَاءِ ، فيُقَسَّطُ الثمنُ على أَجْزَائِه بالسَّوِيَّةِ ، كما لو اتَّفَقَ أَجَلُهُ . ١٥/٤ و

---

(١) سقط من : ا ، م .

٧٨٢ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا لَمْ يَكُنِ السَّلَمُ فِيهِ ، كالحَدِيدِ والرَّصَاصِ ، ومَا لَا يَفْسُدُ ، ولَا يَخْتَلِفُ قَدِيمُه وحَدِيثُه ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ قَبْضُه قَبْلَ مَحَلِّهِ)

يعنى بالسَّلَمِ : المُسْلَمَ فيه ، سُمِّىَ بِاسْمِ المَصْدَرِ ، كما يُسَمَّى المَسْرُوقُ سَرِقَةً والمَرْهُونُ رَهْنًا . قال إبراهيمُ : خُذْ سَلَمَكَ أو دُونَ سَلَمِكَ ، ولا تَأْخُذْ فَوْقَ سَلَمِكَ . ومتى أحْضَرَ المُسْلَمَ فيه على الصِّفَةِ المَشْرُوطَةِ ، لم يَخْلُ من ثلاثةِ أحْوَالٍ : أحَدُها ، أن يُحْضِرَهُ فى مَحلِّه ، فيَلْزَمُه قَبُولُه ؛ لأنَّه أتَاهُ بحَقِّه فى مَحَلِّه ، فلَزِمَهُ قَبُولُه ، كالمَبِيعِ المُعَيَّنِ ، وسواءٌ كان عليه فى قَبْضِه ضَرَرٌ ، أو لم يَكُنْ . فإن أبَى ، قِيلَ له : إمَّا أن تَقْبِضَ حَقَّكَ ، وإما أن تُبْرِئَ منه . فإن امْتَنَعَ ، قَبَضَهُ الحَاكِمُ من المُسْلَمِ إليه لِلمُسْلِمِ ، وبَرِئَتْ ذِمَّتُه منه ؛ لأنَّ الحَاكِمَ يَقُومُ مقَامَ المُمْتَنِعِ بوِلَايَتِه ، وليس له أن يُبْرِئَ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ الإِبْرَاءَ . الحالُ الثانى ، أن يَأْتِىَ به قبل مَحلِّه ، فيُنْظَرَ فيه ، فإن كان ممَّا فى قَبْضِه قبلَ مَحلِّه[1] ضَرَرٌ ، إمَّا لِكَوْنِه ممَّا يَتَغَيَّرُ ، كالفَاكِهَةِ والأطْعِمَةِ كلِّها ، أو كان قَدِيمُه دونَ حَدِيثِه ، كالحُبُوبِ ونحوِها ، لم يَلْزَمِ المُسْلِمَ قَبُولُه ؛ لأنَّ له غَرَضًا فى تَأْخِيرِه ، بأنِ يَحْتَاجَ إلى أكْلِه أو إطْعَامِه فى ذلك الوَقْتِ ، وكذلك الحَيَوانُ ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ تَلَفَه ، ويَحْتَاجُ إلى الإِنْفَاقِ عليه إلى ذلك الوَقْتِ ، وَرُبَّما يَحْتَاجُ إليه فى ذلك الوَقْتِ دُونَ ما قَبْلَه . وهكذا[2] إن كان مِمَّا يَحْتَاجُ فى حِفْظِه إلى مُؤْنَةٍ ، كالقُطْنِ ونحوِه ، أو كان الوَقْتُ مَخُوفًا يَخْشَى نَهْبَ ما يَقْبِضُه ، فلا يَلْزَمُه الأخْذُ فى هذه الأحْوَالِ كلِّها ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى قَبْضِه ، ولم يَأْتِ مَحلُّ اسْتِحْقَاقِه له ، فجَرَى مَجْرَى نَقْصِ صِفَةٍ فيه . وإنْ كان ممَّا لا ضَرَرَ فى قَبْضِه ، بأن يكونَ لا يَتَغَيَّرُ ، كالحَدِيدِ والرَّصَاصِ والنُّحَاسِ ، فإنَّه يَسْتَوِى قَدِيمُه وحَدِيثُه ، ونحو ذلك الزَّيْتُ والعَسَلُ ، ولا فى قَبْضِه ضَرَرُ الخَوْفِ ، ولا تَحَمُّلُ مُؤْنَةٍ ، فعليه

---

(١) فى الأصل : « المحل » .

(٢) فى م : « وهذا » .

قَبْضُه ؛ لأنَّ غَرَضَهُ حَاصِلٌ مع زِيَادَةِ تَعْجِيلِ[3] المَنْفَعةِ ، فجَرَى مَجْرَى زِيَادَةِ الصِّفَةِ وتَعْجِيلِ الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ . الحال الثالث ، أن يُحْضِرَه بعد مَحَلِّ الوُجُوبِ ، فحُكْمُه حُكْمُ ما لو أُحْضَرَ المَبِيعَ بعد تَفَرُّقِهما .

فصل : ولا يَخْلُو إمَّا / أن يُحْضِرَ المُسْلَمَ فيه على صِفَتِه ، أو دُونَها ، أو أَجْوَدَ منها . فإن أحْضَرَهُ على صِفَتِه ، لَزِمَ قَبُولُه ؛ لأنَّه حَقُّه . وإن أتَى به دُونَ صِفَتِه ، لم يَلْزَمْهُ قَبُولُه ؛ لأنَّ فيه إسْقَاطَ حَقِّه ، فإن تَرَاضَيَا على ذلك وكان من جِنْسِه ، جَازَ ، وإن كان من غير جِنْسِه ، لم يَجُزْ ؛ لما تَقَدَّمَ . وإن اتَّفَقا على أن يُعْطِيَهُ دُونَ حَقِّه ، ويَزِيدَه شيئا ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه أفْرَدَ صِفَةَ الجَوْدَةِ بالبَيْعِ ، وذلك لا يجوزُ ، لأن بَيْعَ المُسْلَمِ فيه قبلَ قَبْضِه غيرُ جائِزٍ ، فَبَيْعُ وَصْفِهِ أَوْلَى . الثالث[4] ، أن يُحْضِرَهُ أَجْوَدَ من المَوْصُوفِ ، فيُنْظَرُ فيه ؛ فإن أتَاهُ به[5] من نَوْعِه ، لَزِمَهُ قَبُولُه ؛ لأنَّه أتَى بما تَنَاوَلَهُ العَقْدُ وزِيَادَةً تَابِعَةً له ، فيَنْفَعُه ولا يَضُرُّهُ ، إذ لا يَفُوتُه غَرَضٌ . فإن أتَى به مِن نَوْعٍ آخَرَ ، لم يَلْزَمْهُ قَبُولُه ؛ لأنَّ العَقْدَ تَنَاوَلَ ما وَصَفَاهُ على الصِّفَةِ التى شَرَطَاهَا ، وقد فَاتَ بعضُ الصِّفَاتِ ، فإنَّ النَّوْعَ صِفَةٌ ، وقد فَاتَ ، فأشْبَهَ ما لو فَاتَ غيرُه مِن الصِّفَاتِ . وقال القاضى : يَلْزَمُه قَبُولُه ؛ لأنَّهما جِنْسٌ واحِدٌ يُضَمُّ أحَدُهما إلى الآخرِ فى الزَّكَاةِ ، فأشْبَهَ الزِّيَادَةَ فى الصِّفَةِ مع اتِّفَاقِ النَّوْعِ . والأَوَّلُ أجْوَدُ ؛ لأنَّ أحَدَهما يَصْلُحُ لما لا يَصْلُحُ له الآخَرُ ، فإذا فَوَّتَهُ عليه ، فَوَّتَ عليه الغَرَضَ[6] المُتَعَلِّقَ به ، فلم يَلْزَمْهُ قَبُولُه ، كما لو فَوَّتَ عليه صِفَةَ الجَوْدَةِ . و هذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . فإن تَرَاضَيَا على أخذِ النَّوْعِ بَدَلًا عن النَّوْعِ الآخرِ ، جازَ ؛ لأنَّهما جِنْسٌ واحِدٌ لا يجوزُ بَيْعُ أحَدِهما بالآخرِ مُتَفَاضِلًا ، ويُضَمُّ أحَدُهما إلى الآخرِ فى

١٥/٤ ظ

---

(٣) فى ا ، م : « تعجل » .

(٤) فى ا ، م : « الحال الثالث » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) فى الأصل : « البعض » .

الزَّكَاةِ ، فجازَ أخْذُ أحَدِهما عن الآخَرِ ، كالنَّوْعِ الوَاحِدِ . وقال بعضُ أصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : لا يجوزُ له أخْذُهُ ؛ لِلْمَعْنَى الذى مَنَعَ لُزُومَ أخْذِه . وقال إبراهيمُ : لا تَأْخُذْ فَوقَ سَلَمِكَ فى كَيْلٍ ولا صِفَةٍ . ولَنا ، أنَّهما تَرَاضَيَا على دَفْعِ المُسْلَمِ فيه من جِنْسِه ، فجَازَ ، كما لو تَرَاضَيَا على دَفْعِ الرَّدِىءِ مَكانَ الجَيِّدِ ، أو الجَيِّدِ مكان الرَّدِىءِ ، وبهذا يَنْتَقِضُ ما ذَكَرُوهُ ؛ فإنه لا يَلْزَمُ أخْذُ الرَّدِىءِ ، ويجُوزُ أخْذُه . ولأنَّ المُسْلِمَ أسْقَطَ حَقَّهُ من النَّوْعِ ، فلم يَبْقَ بَيْنَهما[7] إلَّا صِفَةُ الجَوْدَةِ ، وقد سَمَحَ بها صَاحِبُها .

فصل : إذا جَاءَهُ بالأَجْوَدِ ، فقال : خُذْهُ ، وَزِدْنِى دِرْهَمًا . لم يَصِحَّ . وقال أبو حنيفةَ : يَصِحُّ ، كما لو أسْلَمَ فى / عَشرَةٍ فجَاءَهُ بأحَدَ عَشَرَ . ولَنا ، أنَّ الجَوْدَةَ صِفَةٌ ، فلا يجوزُ إفْرَادُها بالعَقْدِ ، كما لو كان مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، فإن جَاءَهُ بزِيَادَةٍ فى القَدْرِ ، فقال : خُذْهُ ، وَزِدْنِى دِرْهَمًا . ففَعَلَا ، صَحَّ ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ هٰهُنا يجوزُ إفْرادُها بالعَقْدِ . ١٦/٤ و

فصل : وليس له إلَّا أقَلُّ ما تَقَعُ عليه الصِّفَةُ ؛ لأنَّه إذا أسْلَمَ إليه ذلك ، فقد سَلَّمَ إليه ما تَنَاوَلَهُ العَقْدُ ، فبَرِئَتْ ذِمَّتُه منه . وعليه أن يُسْلِمَ إليه الحِنْطَةَ نَقِيَّةً من التِّبْنِ والقَصْلِ والشَّعِيرِ ونحوِه ، مما لا يَتَنَاوَلُه اسْمُ الحِنْطَةِ . وإن كان فيه تُرَابٌ كَثِيرٌ يَأْخُذُ مَوْضِعًا من المِكْيَالِ ، لم يَجُزْ . وإن كان يَسِيرًا لا يُؤَثِّرُ فى المِكْيَالِ ولا يَعِيبُها ، لَزِمَهُ أخْذُه . ولا يَلْزَمُه أخْذُ التَّمْرِ إلَّا جافًّا . ولا يَلْزَمُ أن يَتَنَاهَى جَفَافُه ؛ لأنَّه يَقَعُ عليه الاسْمُ . ولا يَلْزَمُه أن يَقْبَلَ مَعِيبًا بحالٍ ، ومتى قبَضَ المُسْلَمَ فيه فوَجَدَهُ مَعِيبًا ، فله المُطَالَبَةُ بالبَدَلِ أو الأَرْشِ ، كالمَبِيعِ سَوَاءً .

فصل : ولا يَقْبِضُ المَكِيلَ إلا بالكَيْلِ ، ولا المَوْزُونَ (٨إلَّا بالوَزْنِ٨) ،

---

(٧) فى ا : « فيهما » .

(٨ – ٨) سقط من : م .

ولا يَقْبِضُهُ جُزَافًا ، ولا بغيرِ ما يُقَدَّرُ به ؛ لأنَّ الكَيْلَ والوَزْنَ يَخْتلفَانِ[٩] ، فإن قَبَضَهُ بذلك ، فهو كَقَبْضِهِ جُزَافًا ، فيُقَدِّرُه بما أَسْلَمَ فيه ، ويَأْخُذُ قَدْرَ حَقِّه ، ويَرُدُّ الباقِى ، ويُطَالِبُ بالعِوَضِ . وهل له أن يَتصرَّفَ فى قَدْرِ حَقِّه منه قبلَ أن يَعْتَبِرَهُ ؟ على وجْهَيْنِ ، مَضَى ذِكْرُهُما فى بُيُوعِ الأَعْيَانِ . وإن اخْتَلَفَا فى قَدْرِه ، فالقَوْلُ قولُ القَابِضِ مع يَمِينِه . قال القاضى : ويُسَلِّمُ إليه مِلْءَ المِكْيَالِ وما يَحْمِلُه ، ولا يكون مَمْسُوحًا ، ولا يُدَقُّ ولا يُهَزُّ ؛ لأنَّ قَوْلَه : أَسْلَمْتُ إليك فى قَفِيزٍ . يَقْتَضِى ما يَسَعُه المِكْيَالُ وما يَحْمِلُه ، وهو ما ذَكَرْنَا .

٧٨٣ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أن يَأْخُذَ رَهْنًا ، ولَا كَفِيلًا مِنَ المُسْلَمِ إلَيْهِ)

واخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فى الرَّهْنِ والضَّمِينِ فى السَّلَمِ ، فرَوَى المَرُّوذِىُّ ، وابنُ القَاسِمِ ، وأبو طَالِبٍ ، مَنْعَ ذلك ، وهو اخْتِيارُ الخِرَقِىِّ وأبو بكرٍ . وَرُوِيَتْ كراهِيَةُ[١] ذلك عن عَلِىٍّ ، وابنِ عمرَ ، وابنِ عَبّاسٍ ، والحسنِ ، وسَعِيدِ بن جُبَيْرٍ ، والأَوْزَاعِىِّ . ورَوَى حَنْبَلٌ جَوازَه . ورَخَّصَ فيه عَطَاءٌ ، ومُجَاهِدٌ ، وعَمْرُو بن دِينَارٍ ، والحَكَمُ ، ومَالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ ﴾[٢] . إلى قولِه : ﴿ فَرِهَـٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾[٣] . وقد رُوِىَ عن ابنِ عَبّاسٍ وابنِ عمرَ ، أنَّ المُرَادَ به السَّلَمُ . ولأنَّ اللَّفْظَ عَامٌّ ، فيَدْخُلُ السَّلَمُ فى عُمُومِه . / ولأنَّه أحَدُ نَوْعَيِ البَيْعِ ، فجازَ أَخْذُ الرَّهْنِ بما فى الذِّمَّةِ منه ، كبُيُوعِ الأعيانِ . وَوَجْهُ الأَوَّلِ ، أنَّ الرَّاهِنَ والضَّمِينَ إن أَخَذَا بِرَأْسِ

٤/١٦ ظ

---

(٩) فى ا : « مختلفان » .

(١) فى ا ، م : « كراهة » .

(٢) فى ا بعد هذا : ﴿ إِلَىٰٓ أَجَلٍ ﴾ .

(٣) سورة البقرة ٢٨٢ .

مَالِ السَّلَمِ ، فقد أَخَذَا بما ليس بوَاجِبٍ ولا مَآلُهُ إلى الوُجُوبِ ؛ لأنَّ ذلك قد مَلَكَهُ المُسْلَمُ إليه ، وإن أَخَذَا بالمُسْلَمِ فيه ، فالرَّهْنُ إنَّما يَجوزُ بشيءٍ يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُه من ثَمَنِ الرَّهْنِ ، والمُسْلَمُ فيه لا يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُه من الرَّهْنِ ، ولا من ذِمَّةِ الضَّامِنِ . ولأنَّه لا يَأْمَنُ هَلَاكَ الرَّهْنِ فى يَدِه بِعُدْوَانٍ ، فيَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا لِحَقِّه من غيرِ المُسْلَمِ فيه ، وقد قال النبىُّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ فِى شَىْءٍ فَلَا يَصْرِفْهُ إلَى غَيْرِهِ » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ[4] . ولأنَّه يُقِيمُ ما فى ذِمَّةِ الضَّامِنِ مُقَامَ ما فى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ، فيكونُ فى حُكْمِ أَخْذِ العِوَضِ والبَدَلِ عنه ، وهذا لا يجوزُ .

فصل : فإن أَخَذَ رَهْنًا أو ضَمِينًا بالمُسْلَمِ فيه ، ثم تَقَايَلَا السَّلَمَ ، أو فُسِخَ العَقْدُ لِتَعَذُّرِ المُسْلَمِ فيه ، بَطَلَ الرَّهْنُ ؛ لِزَوَالِ الدَّيْنِ الذى به الرَّهْنُ ، وبَرِئَ الضَّامِنُ ، وعلى المُسْلَمِ إليه رَدُّ رَأْسِ مالِ السَّلَمِ فى الحالِ . ولا يُشْتَرَطُ قَبْضُه فى المَجْلِسِ ؛ لأنَّه ليس بِعِوَضٍ . ولو أَقْرَضَهُ أَلْفًا ، وأَخَذَ به رَهْنًا ، ثم صَالَحَهُ من الأَلْفِ على طَعَامٍ مَعْلُومٍ فى ذِمَّتِه ، صَحَّ ، وزَالَ[5] الرَّهْنُ ، لِزَوَالِ دَيْنِه من الذِّمَّةِ ، وبَقِىَ الطَّعَامُ فى الذِّمَّةِ ، ويُشْتَرَطُ قَبْضُهُ فى المَجْلِسِ ، كيلا يكونَ بَيْعَ دَيْنٍ بِدَيْنٍ . فإن تَفَرَّقَا قبلَ القَبْضِ ، بَطَلَ الصُّلْحُ ، ورَجَعَ الأَلْفُ إلى ذِمَّتِه بِرَهْنِه ؛ لأنَّه يَعُودُ على ما كان عليه ، كالعَصِيرِ إذا تَخَمَّرَ ثم عَادَ خَلًّا . وهكذا لو صَالَحَه عن الدَّرَاهِمِ بِدَنَانِيرَ فى ذِمَّتِه ، فالحُكْمُ مثلُ ما بَيَّنَّا فى هذه المَسْأَلَةِ .

فصل : وإذا حَكَمْنَا بِصِحَّةِ ضَمَانِ السَّلَمِ ، فلِصَاحِبِ الحَقِّ مُطَالَبَةُ مَن شَاءَ منهما ، وأَيُّهُما قَضَاهُ بَرِئَتْ ذِمَّتُهُما منه . فإن سَلَّمَ المُسْلَمُ إليه المُسْلَمَ فيه إلى الضَّامِنِ لِيَدْفَعَهُ إلى المُسْلِمِ ، جَازَ ، وكان وَكِيلًا . وإن قال : خُذْهُ عن الذى ضَمِنْتَ عَنِّى . لم يَصِحَّ ، وكان قَبْضًا فَاسِدًا مَضْمُونًا عليه ؛ لأنَّه إنَّما اسْتَحَقَّ الأَخْذَ بعد الوَفاءِ ، فإن

---

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٤١٧ .

(٥) فى الأصل : « وزوال » .

أَوْصَلَهُ إلى المُسْلِمِ ، بَرِىءَ بذلك ؛ لأنَّه سَلَّمَ إليه ما (٦ سَلَّطَه المُسْلَمُ ٦) إليه فى التَّصَرُّفِ فيه . وإن أَتْلَفَهُ(٧) فعليه ضَمَانُه ؛ لأنه قَبَضَهُ على ذلك . وإن صَالَحَ المُسْلِمُ الضَّامِنَ عن المُسْلَمِ فيه بِثَمَنِه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ هذا إقَالَةٌ ، فلا يَصِحُّ مِن غيرِ المُسْلَمِ إليه . وإن صَالَحَه المُسْلَمُ إليه بِثَمَنِه صَحَّ ، وبَرِئَتْ ذِمَّتُه وَذِمَّةُ الضَّامِنِ ؛ لأنَّ هذا إقَالَةٌ ، وإن صَالَحَهُ على غيرِ ثَمَنِه ، لم يَصِحَّ ؛ / لأنَّه بَيْعُ المُسْلَمِ فيه قبلَ القَبْضِ .

١٧/٤ و

فصل : والذى يَصِحُّ أَخْذُ الرَّهْنِ به ، كُلُّ دَيْنٍ ثَابِتٍ فى الذِّمَّةِ يَصِحُّ اسْتِيفَاؤُه من الرَّهْنِ ، كأَثْمَانِ البِيَاعَاتِ ، والأُجْرَةِ فى الإجَارَاتِ ، والمَهْرِ ، وعِوَضِ الخُلْعِ ، والقَرْضِ ، وأَرْشِ الجِنَايَاتِ ، وقِيَمِ المُتْلَفَاتِ . ولا يجوزُ أَخْذُ الرَّهْنِ بما ليس بوَاجِبٍ ، ولا مَآلُه إلى الوُجُوبِ ، كالدِّيَةِ على العَاقِلَةِ قبلَ الحَوْلِ ؛ لأنَّها لم تَجِبْ بعدُ ، ولا يُعْلَمُ إفْضَاؤُها إلى الوُجُوبِ ، فإنَّهم لو جُنُّوا أو افْتَقَرُوا أو مَاتُوا ، لم تَجِبْ عليهم ، فلم(٨) يَصِحَّ أَخْذُ الرَّهْنِ بها . فأمَّا بعد الحَوْلِ ، فيجوزُ أَخْذُ الرَّهْنِ بها ؛ لأنَّها قد اسْتَقَرَّتْ فى ذِمَّتِهِم . ويحْتَمِلُ جَوَازُ أَخْذِ الرَّهْنِ بها قبلَ الحَوْلِ ؛ لأنَّ الأصْلَ بَقَاءُ الحَيَاةِ واليَسَارِ والعَقْلِ . ولا يجوزُ أَخْذُ الرَّهْنِ بالجُعْلِ فى الجَعَالَةِ قبلَ العَمَلِ ؛ لأنَّه لم يَجِبْ ، ولا يُعْلَمُ إفْضَاؤُه إلى الوُجُوبِ . وقال القاضى : يحْتَمِلُ أخذُ الرَّهْنِ به(٩) ؛ لأنَّ مآلَه إلى الوُجُوبِ واللُّزُومِ ، فأشْبَهَتْ أَثْمَانَ البِيَاعَاتِ . والأُولَى أَوْلَى ؛ لأنَّ إفْضَاءَها إلى الوُجُوبِ مُحْتَمِلٌ ؛ فأشْبَهَتِ الدِّيَةَ قبلَ الحَوْلِ . ويجوزُ أَخْذُ الرَّهْنِ به بعدَ العَمَلِ ؛ لأنَّه قد وَجَبَ . ولا يجوزُ أَخْذُ الرَّهْنِ بمالِ الكِتَابَةِ ؛ لأنَّه غيرُ لازِمٍ ؛ فإنَّ لِلْعَبْدِ تَعْجِيزَ نَفْسِه ، ولا يمكنُ اسْتِيفَاءُ دَيْنِه من الرَّهْنِ ، لأنه لو عَجَزَ

---

(٦) فى م : « سلمه المسلم » . وفى الأصل : « سلطه للمسلم » .

(٧) فى ا : « تلف » .

(٨) فى م : « فلا » .

(٩) سقط من : الأصل .

صَارَ الرَّهْنُ لِلسَّيِّدِ ، لأنَّه من جُمْلَةِ مالِ المُكَاتَبِ . وقال أبو حنيفةَ : يجوزُ : ولَنا ، أنَّها وَثِيقَةٌ لا يمكنُ اسْتِيفَاءُ الحَقِّ منها ، فلم يَصِحَّ ، كضَمانِ الخَمْرِ ، ولا يجوزُ أخْذُ الرَّهْنِ بِعِوَضِ المُسَابَقةِ ؛ لأنها جُعْلَةٌ ، ولم يُعْلَمْ إفْضَاؤُها إلى الوُجُوبِ ، لأنَّ الوُجُوبَ إنَّما يَثْبُتُ بِسَبْقِ غيرِ المُخرجِ ، وهذا غيرُ مَعْلُومٍ ولا مَظْنُونٍ . وقال بعضُ أصْحابِنَا : فيها وَجْهانِ ، هل هي إجَارَةٌ أو جُعَالَةٌ ؟ فإن قُلْنا : هي إجارَةٌ . جَازَ أخْذُ الرَّهْنِ بِعِوَضِها . وقال القاضي : إن لم يكُنْ فيها مُحَلِّلٌ فهي جُعَالَةٌ ، وإن كان فيها مُحَلِّلٌ فعلَى وَجْهَيْنِ . وهذا كلُّه بَعِيدٌ ؛ لأنَّ الجُعْلَ ليس هو في مُقَابَلَةِ العَمَلِ ، بِدَلِيلِ أنَّه لا يَسْتَحِقُّه إذا كان مَسْبُوقًا . وقد عَمِلَ العَمَلَ ، وإنَّما هو عِوَضٌ عن السَّبْقِ ، ولا تُعْلَمُ القُدْرَةُ عليه . ولأنَّه لا فَائِدَةَ لِلجَاعِلِ فيه ، ولا هو مُرَادٌ له ، وإذا لم تكُنْ إجَارَةً مع عَدَمِ المُحَلِّلِ ، فمع وُجُودِه أوْلَى ، لأنَّ مُسْتَحِقَّ الجُعْلِ هو السَّابِقُ ، وهو غيرُ مُعَيَّن ، ولا يجوزُ اسْتِئْجَارُ رَجُلٍ غيرِ مُعَيَّنٍ ، ثم لو كانت إجَارَةً لكانَ عِوَضُها غيرَ واجِبٍ في الحالِ ، ولا يُعْلَمُ إفْضَاؤُه إلى الوُجُوبِ ولا يُظَنُّ ، فلم يَجُزْ أخْذُ الرَّهْنِ به / كالجُعْلِ في رَدِّ الآبِقِ واللُّقَطِ ، ولا يجوزُ أخْذُ الرَّهْنِ بِعِوَضٍ غيرِ ثَابِتٍ في الذِّمَّةِ ، كالثَّمَنِ المُعَيَّنِ ، والأُجْرَةِ المُعَيَّنَةِ في الإجَارَةِ ، والمَعْقُودِ عليه في الإجَارَةِ إذا كان مَنَافِعَ مُعَيَّنَةً ، مثل إجَارَةِ الدَّارِ ، والعَبْدِ المُعَيَّنِ ، والجَمَلِ المُعَيَّنِ ، مُدَّةً مَعْلُومَةً ، أو لِحَمْلِ شيءٍ مُعَيَّنٍ إلى مَكَانٍ مَعْلُومٍ ؛ لأنَّ هذا حَقٌّ تَعَلَّقَ بالعَيْنِ لا بالذِّمَّةِ ، ولا يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُه[10] من الرَّهْنِ ؛ لأنَّ مَنْفَعَةَ العَيْنِ لا يمكنُ اسْتِيفَاؤُها من غيرِها ، وتَبْطُلُ الإجَارَةُ بِتَلَفِ العَيْنِ . وإن وَقَعَتِ الإجارَةُ على مَنْفَعَةٍ في الذِّمَّةِ ، كَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ ، وبِنَاءِ دَارٍ ، جَازَ أخْذُ الرَّهْنِ به ؛ لأنَّه ثَابِتٌ في الذِّمَّةِ ، ويمكنُ اسْتِيفَاؤُه من الرَّهْنِ ، بأن يَسْتَأْجِرَ مِن ثَمَنِه مَن يَعْمَلُ ذلك العَمَلَ ، فجازَ أخْذُ الرَّهْنِ به ، كالدَّيْنِ . ومذهبُ الشَّافِعِيِّ في هذا كلِّه كما قُلْنَا .

١٧/٤ ظ

(١٠) في م زيادة : « أحق » . خطأ .

فصل : فأمَّا الأَعْيَانُ المَضْمُونَةُ ، كالمَغْصُوبِ ، والعَوَارِى ، والمَقْبُوضِ بِبَيْعٍ فَاسِدٍ ، والمَقْبُوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ ، ففيها وَجْهانِ ؛ أَحَدُهما ، لا يَصِحُّ الرَّهْنُ بها . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ الحَقَّ غيرُ ثَابِتٍ فى الذِّمَّةِ ، فأَشْبَهَ ما ذَكَرْنَا ، ولأنَّه إن رَهَنَهُ على قِيمَتِها إذا تَلِفَتْ ، فهو رَهْنٌ على ما ليس بوَاجِبٍ ، ولا يُعْلَمُ إفْضَاؤُه إلى الوُجُوبِ . وإن أَخَذَ الرَّهْنَ على عَيْنِها ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ عَيْنِها من الرَّهْنِ ، فأَشْبَهَ أَثْمَانَ البِياعَاتِ المُتَعَيِّنَة . والثانى ، يَصِحُّ أَخْذُ الرَّهْنِ بها . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ، وقال : كلُّ عَيْنٍ كانتْ مَضْمُونَةً بِنَفْسِها ، جَازَ أَخْذُ الرَّهْنِ بها . يُرِيدُ ما يُضْمَنُ بِمِثْلِه أو قِيمَتِه ، كالمَبِيعِ يجوزُ أَخْذُ الرَّهْنِ بِهِ[11] ؛ لأنَّه مَضْمُونٌ بِفَسَادِ العَقْدِ ، لأنَّ مَقْصُودَ الرَّهْنِ الوَثِيقَةُ بالحَقِّ ، وهذا حَاصِلٌ ، فإنَّ الرَّهْنَ بهذه الأَعْيَانِ يَحْمِلُ الرَّاهِنَ على أَدَائِها . وإن تَعَذَّرَ أَدَاؤُها ، اسْتَوْفَى بَدَلَها من ثَمَنِ الرَّهْنِ[12] ، فأَشْبَهَتِ الدَّيْنَ فى الذِّمَّةِ .

فصل : قال القاضى : كلُّ ما جازَ أَخْذُ الرَّهْنِ به ، جازَ أَخْذُ الضَّمِينِ به ، وما لم يَجُزِ الرَّهْنُ به ، لم يَجُزْ أَخْذُ الضَّمِينِ به ، إلَّا ثلاثةَ أشْيَاءٍ ؛ عُهْدَةُ المَبِيعِ يَصِحُّ ضَمَانُها ولا يَصِحُّ الرَّهْنُ بها ، والكِتَابَةُ لا يَصِحُّ الرَّهْنُ بِدَيْنِها ، وفى ضَمَانِها رِوَايَتانِ ، وما لم يَجِبْ لا يَصِحُّ الرَّهْنُ به ويَصِحُّ ضَمَانُه ، والفَرْقُ بينهما من وَجْهَيْنِ . أَحدُهما ، أنَّ الرَّهْنَ بهٰذه الأَشْيَاءِ يُبْطِلُ الإِرْفَاقَ ، فإنَّه إذا باعَ عَبْدَهُ بألْفٍ ، ودَفَعَ رَهْنًا يُساوِى أَلْفًا ، فكأنَّه ما قَبَضَ الثَّمَنَ ، ولا ارْتَفَقَ به ، والمُكَاتَبُ إذا دَفَعَ ما يُسَاوِى / كِتَابَتَهُ ، فما ارْتَفَقَ بالأَجَلِ ؛ لأنَّه كان يُمْكِنُه بَيْعُ الرَّهْنِ أو بَقاءُ الكِتَابَةِ ، ويَسْتَرِيحُ من تَعْطِيلِ مَنَافِعِ عَبْدِه ، والضَّمَانُ بخِلَافِ هذا . الثانى ، أنَّ ضَرَرَ الرَّهْنِ يَعُمُّ ؛ لأنَّه يَدُومُ بَقاؤُه عند المُشْتَرِى ، فيَمْنَعُ البَائِعَ التَّصرُّفَ فيه ، والضَّمَانُ بخِلَافِه .

١٨/٤ و

---

(١١) سقط من : ا ، م .

(١٢) فى ا ، م : « الراهن » .

فصل : إذا اخْتَلَفَ المُسْلِمُ والمُسْلَمُ إليه ، فى حُلُولِ الأَجَلِ ، فالقولُ قولُ المُسْلَمِ إليه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ . وإن اخْتَلَفَا فى أداءِ المُسْلَمِ فيه ، فالقولُ قول المُسْلِمِ ؛ لذلك . وإن اخْتَلَفَا فى قَبْضِ الثَّمَنِ ، فالقولُ قولُ المُسْلَمِ إليه ؛ لذلك . وإن اتَّفَقَا عليه ، وقال أحَدُهما : كان فى المَجْلِسِ قبلَ التَّفَرُّقِ . وقال الآخَرُ : بعدَه . فالقولُ قولُ مَن يَدَّعِي القَبْضَ فى المَجْلِسِ ؛ لأنَّ معه سَلَامَةَ العَقْدِ . وإن أقَامَ كلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةً بمُوجِبِ دَعْوَاه، قُدِّمَتْ أيضا بَيِّنَتُهُ ؛ لأنَّها مُثْبِتَةٌ والأُخْرَى نَافِيَةٌ .

(١بابُ القَرْضِ١)

والقَرْضُ(٢) نَوْعٌ من السَّلَفِ ، وهو جَائِزٌ بالسُّنَّةِ والإجْمَاعِ ؛ أمَّا السُّنَّةُ ، فرَوَى أبو رَافِعٍ ، أنَّ النَّبيَّ ﷺ استَسْلَفَ مِنْ(٣) رَجُلٍ بَكْرًا ، فَقَدِمَتْ على النَّبيِّ ﷺ إبِلُ الصَّدَقَةِ ، فأمَرَ أبا رَافِعٍ أن يَقْضِيَ الرَّجُلَ بَكْرَهُ . فرَجَعَ إليه أبو رَافِعٍ ، فقال يا رسولَ اللهِ ، لم أجِدْ فيها إلَّا خِيَارًا رَبَاعِيًا(٤) . فقال : « أعْطِهِ ، فَإنَّ خَيْرَ النَّاسِ أحْسَنُهُمْ قَضَاءً » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ(٥) . وعن ابنِ مَسْعُودٍ ، أنَّ النَّبيَّ ﷺ ، قال : « مَامِنْ مُسْلِمٍ يُقْرِضُ مُسْلِمًا قَرْضًا مَرَّتَيْنِ . إلَّا كَانَ كَصَدَقَةٍ مَرَّةٍ » . وعَن أنَسٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « رَأيْتُ لَيْلَةَ أُسْرِىَ بِى عَلَى بَابِ الْجَنَّةِ مَكْتُوبًا : الصَّدَقَةُ بِعَشْرِ أمْثَالِها ، والْقَرْضُ بِثَمَانِيَة عَشرَ . فَقُلْتُ : يَا جِبْرِيلُ ، مَا بَالُ الْقَرْضِ أفْضَلُ مِنَ الصَّدَقَةِ ؟ . قال : لأنَّ السَّائِلَ يَسْأَلُ وَعِنْدَهُ ، والمُسْتَقْرِضُ لا يَسْتَقْرِضُ إلَّا مِن حَاجَةٍ » . رَوَاهُما ابنُ مَاجه(٦) . وأجْمَعَ المسلمون على جَوَازِ القَرْضِ .

فصل : والقَرْضُ مَنْدُوبٌ إليه فى حَقِّ المُقْرِضِ ، مُبَاحٌ لِلْمُقْتَرِضِ ؛ لما رَوَيْنَا من الأحَادِيثِ ، ولما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال : « مَنْ كَشَفَ عَنْ مُسْلِمٍ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ الدُّنْيَا ، كَشَفَ اللهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ يَوْمِ القِيَامَةِ ، وَاللهُ فِى عَوْنِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « فصل والقرض » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) البكر إذا استكمل ست سنين ، ودخل فى السابعة ، وألقى رباعية ، بتخفيف الياء ، فهو رباع ، والأنثى رباعية ، بتخفيف الياء .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٨ .

(٦) فى : باب القرض ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/ ٨١٢ .

الْعَبْدِ مَا دَامَ الْعَبْدُ فِى عَوْنِ أَخِيهِ »[7] . وعن أبى الدَّرْدَاءِ ، أنَّه قال : « لَأَنْ أُقْرِضَ دِينَارَيْنِ / ثم يُرَدَّانِ ، ثم أُقْرِضَهُما ، أَحَبُّ إِلَىَّ مِنْ أن أَتَصَدَّقَ بهما . ولأنَّ فيه تفرِيجًا عن أخِيهِ المُسْلِمِ ، وقضاءً لحَاجَتِه ، وعَوْنًا له ، فكان مَنْدُوبًا إليه ، كالصَّدَقَةِ عليه وليس بوَاجِبٍ . قال أحْمدُ : لا إثْمَ على مَن سُئِلَ القَرْضَ فلم يُقْرِضْ . وذلك لأنَّه من المَعْرُوفِ ، فأشْبَه صَدَقَةَ التَّطَوُّعِ . وليس بمَكْرُوهٍ فى حَقِّ المُقْرَضِ . قال أحمدُ : ليس القَرْضُ من المَسْأَلَةِ . يعنى ليس بمَكْرُوهٍ ؛ وذلك لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ كان يَسْتَقْرِضُ ، بِدَلِيلِ حَدِيثِ أبى رَافِعٍ ، ولو كان مَكْرُوهًا ، كان أَبْعَدَ النَّاسِ منه . ولأنَّه إنَّما يَأْخُذُه بِعِوَضِه ، فأشْبَه الشِّرَاءَ بِدَيْنٍ فى ذِمَّتِه . قال ابنُ أبى موسى : لا أُحِبُّ أن يَتَحَمَّلَ بأمَانَتِه ما ليس عِنْدَه . يَعْنِى ما لا يَقْدِرُ على وَفَائِه . ومَن أرَادَ أن يَسْتَقْرِضَ ، فَلْيُعْلِمْ مَن يَسْأَلُه القَرْضَ بِحَالِهِ ، ولا يَغُرَّه مِن نَفْسِه ، إلَّا أن يكونَ الشىءُ اليَسِيرُ الذى لا يَتَعَذَّرُ رَدُّ مِثْلِه . قال أحْمَدُ : إذا اقْتَرَضَ لغيرِه و لم يُعْلِمْه بحَالِه ، لم يُعْجِبْنِى . وقال : ما أُحِبُّ أن يَقْتَرِضَ بجَاهِهِ لإخْوَانِه . قال القاضى : يعنى إذا كان مَن يَقْتَرِضُ له غيرَ مَعْرُوفٍ بالوَفَاءِ ؛ لِكَوْنِه تَغْرِيرًا بمالِ المُقْرِضِ ، وإضْرَارا به ، أمَّا إذا كان مَعْرُوفًا بالوَفاءِ ، لم يُكْرَهْ ؛ لِكَوْنِه إعَانَةً له ، وتَفْرِيجًا لِكُرْبَتِه .

فصل : ولا يَصِحُّ إلَّا من جَائِزِ التَّصَرُّفِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على المالِ ، فلم يَصِحَّ إلَّا من جَائِزِ التَّصَرُّفِ ، كالبَيْعِ . وحُكْمُه فى الإيجَابِ والقَبُولِ حُكْمُ البَيْعِ ، على ما مَضَى . ويَصِحُّ بِلَفْظِ السَّلَفِ والقَرْضِ ؛ لِوُرُودِ الشَّرْعِ بهما ، وبكل لَفْظٍ يُؤَدِّى مَعْنَاهُما ، مثل أن يقولَ : مَلَّكْتُكَ هذا ، على أن تَرُدَّ عَلَىَّ بَدَلَهُ . أو تُوجَدَ قَرِينَةٌ دَالَّةٌ

---

(7) أخرجه مسلم ، فى : باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن ... ، من كتاب الذكر . صحيح مسلم ٢٠٧٤/٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الستر على المسلم ، من أبواب الحدود ، وفى : باب ما جاء فى السترة على المسلم ، من أبواب البر . عارضة الأحوذى ١٩٩/٦ ، ١١٧/٨ ، ١١٨ . وابن ماجه ، فى : باب فضل العلماء والحث على طلب العلم ، من المقدمة ، سنن ابن ماجه ٨٢/١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٥٢/٢ ، ٢٩٦ ، ٥٠٠ ، ٥١٤ .

على إرَادَةِ القَرْضِ . فإن قال : مَلَّكْتُكَ . و لم يَذْكُر البَدَلَ ، ولا وُجِدَ ما يَدُلُّ عليه ، فهو هِبَةٌ . فإن اخْتَلَفَا ، فالقولُ قولُ المَوْهُوبِ له ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ معه ، لأنَّ التَّمْلِيكَ من غيرِ عِوَضٍ هِبَةٌ .

فصل : ولا يَثْبُتُ فيه خِيَارٌ ما ؛ لأنَّ المُقْرِضَ دَخَلَ على بَصِيرَةٍ أنَّ الحظَّ لِغَيْرِه ، فأشْبَهَ الهِبَةَ ، والمُقْتَرِضُ متى شَاءَ رَدَّهُ ، فَيَسْتَغْنِى بذلك عن ثُبُوتِ الخِيَارِ له . ويَثْبُتُ المِلْكُ فى القَرْضِ بالقَبْضِ . وهو عَقْدٌ لَازِمٌ فى حَقِّ المُقْرِضِ ، جائِزٌ فى حَقِّ المُقْتَرِضِ ، فلو أرَادَ المُقْرِضُ الرُّجُوعَ فى عَيْنِ مَالِه ، لم يَمْلِكْ ذلك . وقال الشَّافِعِىُّ : له ذلك ؛ / لأنَّ كلَّ ما يَمْلِكُ المُطَالَبَةَ بمِثْلِه مَلَكَ أخْذَهُ إذا كان مَوْجُودًا ، كالمَغْصُوبِ والعَارِيَّةِ . ولَنا ، أنَّه أزَالَ مِلْكَهُ بِعِوَضٍ من غير خِيَارٍ ، فلم يكنْ له الرُّجُوعُ فيه كالمَبِيعِ ، ويُفَارِقُ المَغْصُوبَ والعَارِيَّةَ ، فإنَّه لم يَزُلْ مِلْكُه عنهما ، ولأنه لا يَمْلِكُ المُطَالَبَةَ بمِثْلِهما مع وُجُودِهما ، وفى مَسْأَلَتِنا بِخِلَافِه . فأمَّا المُقْتَرِضُ ، فله رَدُّ ما اقْتَرَضَهُ على المُقْرِضِ ، إذا كان على صِفَتِه لم يَنْقُصْ ، و لم يَحْدُثْ به عَيْبٌ ؛ لأنَّه على صِفَةِ حَقِّه ، فلَزِمَهُ قَبُولُه كالمُسْلَمِ فيه ، وكما لو أعْطَاهُ غيره . ويَحْتَمِلُ أن لا يَلْزَمَ المُقْتَرِضَ قَبُولُ ما ليس بمِثْلِىٍّ ؛ لأنَّ القَرْضَ فيه يُوجِبُ رَدَّ القِيمَةِ على أحَدِ الوَجْهَيْنِ ، فإذا رَدَّهُ بِعَيْنِه لم يَرُدَّ الوَاجبَ عليه ، فلم يَجِبْ قَبُولُه كالمَبِيعِ .

١٩/٤

فصل : ولِلْمُقْرِضِ المُطَالَبَةُ بِبَدلِه فى الحالِ ؛ لأنَّه سَبَبٌ يُوجِبُ رَدَّ المِثْلِ فى المِثْلِيَّاتِ ، فأوْجَبَهُ حالًّا ، كالإِتْلَافِ . ولو أقْرَضَهُ تَفَارِيقَ ، ثم طَالَبَه بها جُمْلَةً ؛ فله ذلك ؛ لأنَّ الجَمِيعَ حَالٌّ ، فأشْبَهَ ما لو بَاعَهُ بُيُوعًا حَالَّةً ، ثم طَالَبَه بِثَمَنِهَا جُمْلَةً . وإن أجَّلَ القَرْضَ ، لم يَتَأجَّلْ ، وكان حالًّا . وكلُّ دَيْنٍ حَلَّ أجَلُه ، لم يَصِرْ مُؤَجَّلًا بِتَأْجِيلِه . وبهذا قال الحارِثُ العُكْلِىُّ ، والأوْزَاعِىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، والشَّافِعِىُّ . وقال مالِكٌ واللَّيْثُ : يَتَأجَّلُ الجَمِيعُ بالتَّأْجِيلِ ؛ لقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ :

« المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ »[٨] . ولأنَّ المُتَعاقِدَيْنِ يَمْلِكَانِ التَّصرُّفَ فى هذا العَقْدِ بالإِقَالَةِ والإِمْضَاءِ ؛ فمَلَكَا الزِّيادَةَ فيه ، كخِيَارِ المَجْلِسِ . وقال أبو حنيفةَ فى القَرْضِ وبَدَلِ المُتْلَفِ كقَوْلِنَا ، وفى ثَمَنِ المَبِيعِ والأُجْرَةِ والصَّدَاقِ وعِوَضِ الخُلْعِ كقَوْلِهِمَا ؛ لأنَّ الأَجَلَ يَقْتَضِى جُزْءًا من العِوَضِ ، والقَرْضُ لا يَحْتَمِلُ الزِّيَادَةَ والنَّقْصَ فى عِوَضِه ، وبَدَلُ المُتْلَفِ الوَاجِبُ فيه المِثْلُ من غير زِيَادَةٍ ولا نَقْصٍ ؛ فلذلك لم يَتَأَجَّلْ ، وبَقِيَّةُ الأَعْواضِ يجوزُ الزِّيادَةُ فيها ، فجَازَ تَأْجِيلُها . ولَنا ، أنَّ الحَقَّ يَثْبُتُ حَالًّا ، والتَّأْجِيلُ تَبَرُّعٌ منه وَوَعْدٌ ، فلا يَلْزَمُ الوَفاءُ به ، كما لو أَعَارَه شيئا ، وهذا لا يَقَعُ عليه اسْمُ الشَّرْطِ ولو سُمِّىَ ، فالخَبَرُ مَخْصُوصٌ بالعَارِيَّةِ ، فيَلْحَقُ به ممَّا اخْتَلَفَا فيه ، لأنَّه مِثْلُه . ولَنا ، على أبى حَنِيفَةَ ، أنَّها زِيَادَةٌ بعد اسْتِقْرَارِ العَقْدِ ، فأَشْبَه القَرْضَ ، وأمَّا الإِقَالَةُ : فهى فَسْخٌ وابْتِداءُ عَقْدٍ آخَرَ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنا ، وأمَّا خِيَارُ المَجْلِسِ ، فهو بمَنْزِلَةِ ابْتِداءِ / العَقْدِ ، بِدَلِيلِ أنه يُجْزِئُ فيه القَبْضُ لما يُشْتَرَطُ قَبْضُه ، والتَّعَيُّنُ لما فى الذِّمَّةِ . ١٩/٤ ظ

فصل : ويجوزُ قَرْضُ المَكِيلِ والمَوْزُونِ بغير خِلَافٍ . قال ابن المُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَن نَحْفَظُ عنه من أَهْلِ العِلْمِ ، على أن اسْتِقْرَاضَ مَالَهُ مِثْلٌ من المَكِيلِ والمَوْزُونِ والأَطْعِمَةِ جَائِزٌ . ويَجُوزُ قَرْضُ كلِّ ما يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ سَلَمًا ، سِوَى بَنِى آدَمَ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يجوزُ قَرْضُ غير المَكِيلِ والمَوْزُونِ ؛ لأنَّه لا مِثْلَ له ، أَشْبَهَ الجَوَاهِرَ . ولَنا ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ اسْتَسْلَفَ بَكْرًا ، وليس بمَكِيلٍ ولا مَوْزُونٍ . ولأنَّ ما يَثْبُتُ سَلَمًا ، يُمْلَكُ بالبَيْعِ ويُضْبَطُ بالوَصْفِ ، فجَازَ قَرْضُه ، كالمَكِيلِ والمَوْزُونِ . وقولُهم : لا مِثْلَ له . خِلَافُ أَصْلِهِم ، فإنَّ عندَ أبى حنيفةَ ، لو أُتْلِفَ على رَجُلٍ ثَوبًا ، ثَبَتَ فى ذِمَّتِه مِثْلُه ، ويجوزُ الصُّلْحُ عنه بأَكْثَرَ من قِيمَتِه . فأَمَّا ما لا يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ سَلَما ، كالجَوَاهِرِ وشبهها ، فقال القاضى : يجُوزُ قَرْضُها ،

---

(٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٠ .

ويَرُدُّ المُسْتَقْرِضُ القِيمَةَ ؛ لأنَّ مالا مِثْلَ له يُضْمَنُ بالقِيمَةِ ، والجَوَاهِرُ كغيرِها فى القِيَمِ . وقال أبو الخطَّابِ : لا يجوزُ قَرْضُها ؛ لأنَّ القَرْضَ يَقْتَضِى رَدَّ المِثْلِ ، وهذه لا مِثْلَ لها . ولأنَّه لم يُنْقَلْ قَرْضُها ، ولا هى فى مَعْنَى ما نُقِلَ القَرْضُ فيه ، لِكَوْنِها ليست من المَرَافِقِ ، ولا يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ سَلَما ، فوَجَبَ إبْقاؤُها على المَنْعِ . ويمكنُ بِنَاءُ هذا الخِلَافِ على الوَجْهَيْنِ فى الوَاجِبِ فى بَدَلِ غيرِ المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، فإذا قُلْنا : الوَاجِبُ رَدُّ المِثْلِ . لم يَجُزْ قَرْضُ الجَوَاهِرِ وما لا يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ سَلَمًا ، لِتَعَذُّرِ رَدِّ مِثْلِها . وإن قُلْنا : الوَاجِبُ رَدُّ القِيمَةِ . جَازَ قَرْضُه ؛ لإمْكَانِ رَدِّ القِيمَةِ . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِىِّ وَجْهانِ كهٰذَيْنِ .

فصل : فأمَّا بنو آدمَ ، فقال أحمدُ : أكْرَهُ قَرْضَهم . فيَحْتَمِلُ كَرَاهِيَةَ تَنْزِيهٍ ، ويَصِحُّ قَرْضُهُم ، وهو قولُ ابنِ جُرَيْجٍ ، والمُزَنِىِّ ؛ لأنَّه مالٌ يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ سَلَمًا ، فصَحَّ قَرْضُه ، كسَائِرِ الحَيَوانِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ كَرَاهَةَ التَّحْرِيمِ ، فلا يَصِحُّ قَرْضُهُم . اخْتَارَهُ القَاضِى ؛ لأنَّه لم يُنْقَلْ قَرْضُهُم ، ولا هو من المَرَافِقِ . ويَحْتَمِلُ صِحَّةَ قَرْضِ العَبِيدِ دون الإمَاءِ . وهو قولُ مالِكٍ والشَّافِعِىِّ ، إلَّا أن يقْرِضَهُنَّ من ذَوِى مَحَارِمِهِنّ ، لأنَّ المِلْكَ بالقَرْضِ ضَعِيفٌ ، فإنَّه لا يَمْنَعُه من رَدِّهَا / على المُقْرِضِ ، فلا يُسْتَبَاحُ به الوَطْءُ ، كالمِلْكِ فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، وإذا لم يُبَحِ الوَطْءُ لم يَصِحَّ القَرْضُ ، لِعَدَمِ القَائِلِ بالفَرْقِ ، ولأنَّ الأبضَاعَ ممَّا يُحْتَاطُ لها ، ولو أبَحْنَا قَرْضَهُنَّ ، أفْضَى إلى أن الرَّجُلَ يَسْتَقْرِضُ أمَةً ، فيَطَؤُها ثم يَرُدُّها من يَوْمِه ، ومتى احْتَاجَ إلى وَطْئِها ، اسْتَقْرَضَها فوَطِئَها ثم رَدَّها ، كما يَسْتَعِيرُ المَتَاعَ ، فيَنْتَفِعُ به ثم يَرُدُّه . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ نَاقِلٌ لِلْمِلْكِ فاسْتَوَى فيه العَبِيدُ والإمَاءُ كسَائِرِ العُقُودِ . ولا نُسَلِّمُ ضَعْفَ المِلْكِ ؛ فإنَّه مُطْلَقٌ لِسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ ، بخِلَافِ المِلْكِ فى مُدَّةِ الخِيَارِ . وقولُهم : مَتَى شَاءَ المُقْتَرِضُ رَدَّها . مَمْنُوعٌ ؛ فإنَّنا إذا قُلْنا : الوَاجِبُ رَدُّ القِيمَةِ . لم يَمْلِكِ المُقْتَرِضُ رَدَّ الأمَةِ ، وإنَّما يَرُدُّ قِيمَتَها ، وإن سَلَّمْنَا ذلك ، لكن متى قَصَدَ المُقْتَرِضُ هذا لم يَحِلَّ له فِعْلُه ، ولا يَصِحُّ اقْتِرَاضُه ، كما لو اشْتَرَى أمَةً لِيَطَأَهَا ثم يَرُدَّها

٢٠/٤ و

بالمُقَابَلَةِ أو بِعَيْبٍ فيها ، وإن وَقَعَ هذا بِحُكْمِ الاتِّفَاقِ ، لم يَمْنَعِ الصِّحَّةَ ، كما لو وَقَعَ ذلك فى البَيْعِ ، وكما لو أسْلَمَ جَارِيَةً فى أُخْرَى مَوْصُوفَةٍ بِصِفَاتِها ، ثم رَدَّها بِعَيْنِها عند حُلُولِ الأَجَلِ . ولو ثَبَتَ أن القَرْضَ ضَعِيفٌ لا يُبِيحُ الوَطْءَ ، لم يَمْنَعْ منه فى الجَوَارِى ، كالبَيْعِ فى مُدَّةِ الخِيَارِ . وعَدَمُ القَائِلِ بالفَرْقِ ليس بشىءٍ ، على ما عُرِفَ فى مَوَاضِعِه . وعَدَمُ نَقْلِه ليس بِحُجَّةٍ ؛ فإنَّ أكْثَرَ الحَيَوانَاتِ لم يُنْقَلْ قَرْضُها ، وهو جَائِزٌ .

فصل : وإذا اقْتَرَضَ دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ غيرَ مَعْرُوفَةِ الوَزْنِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ القَرْضَ فيها يُوجِبُ رَدَّ المِثْلِ ، فإذا لم يُعْرَفِ المِثْلُ لم يُمْكِنِ القَضَاءُ . وكذلك لو اقْتَرَضَ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا جُزَافًا ، لم يَجُزْ ؛ لذلك . ولو قَدَّرَهُ بِمِكْيَالٍ بِعَيْنِه ، أو صَنْجَةٍ بِعَيْنِها ، غيرِ مَعْرُوفَيْنِ عند العَامَّةِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ تَلَفَ ذلك ، فيَتَعَذَّرَ رَدُّ المِثْلِ ، فأشْبَهَ السَّلَمَ فى مثلِ ذلك . وقال الإمامُ أحمدُ ، فى ماءٍ بينَ قَوْمٍ ، لهم نُوَبٌ فى أيَّامٍ مُسَمَّاةٍ ، فاحْتَاجَ بعضُهم إلى أن يَسْتَقِىَ فى غيرِ نَوْبَتِه ، فَاسْتَقْرَضَ من نَوْبَةِ غيرِه ، لِيَرُدَّ عليه بَدَلَهُ فى يومِ نَوْبَتِه : فلا بَأْسَ ، وإن كان غيرَ مَحْدُودٍ كَرِهْتُه . فكَرِهَهُ إذا لم يكنْ مَحْدُودًا ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه رَدُّ مِثْلِه . وإن كانت الدَّرَاهِمُ يَتَعامَلُ بها عَدَدًا ، فاسْتَقْرَضَ عَدَدًا ، رَدَّ عددًا . وإن اسْتَقْرَضَ وَزْنًا ، رَدَّ وَزْنًا . وهذا قولُ الحسنِ ، وابن سِيرِينَ ، / والأَوْزَاعِىِّ . واسْتَقْرَضَ أيُّوبُ مِن حَمَّادِ بن زَيْدٍ دَرَاهِمَ بمَكَّةَ عَدَدًا ، وأعْطَاهُ بالبَصْرَةِ عَدَدًا ، لأنَّه وَفَّاهُ مِثْلَ مااقْتَرَضَ فيما يَتَعَامَلُ به النَّاسُ ، فأشْبَهَ ما لو كانُوا يَتَعَامَلُونَ بها وَزْنًا . فَرَدَّ وَزْنًا .

٤/٢٠ ظ

فصل : ويَجِبُ رَدُّ المِثْلِ فى الْمَكِيلِ والمَوْزُونِ . لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه من أهْلِ العِلْمِ ، على أنَّ مَن أسْلَفَ سَلَفًا ، ممَّا يجوزُ أن يُسْلَفَ ، فَرَدَّ عليه مِثْلَه ، أنَّ ذلك جائِزٌ وأنَّ لِلْمُسْلِفِ أخْذَ ذلك . ولأنَّ المَكِيلَ والمَوْزُونَ يُضْمَنُ فى الغَصْبِ والإِتْلَافِ بمِثْلِه . فكذا هٰهُنا . فأمَّا غيرُ المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَجِبُ رَدُّ قِيمَتِه يومَ القَرْضِ ؛ لأنَّه لا مِثْلَ له ، فيَضْمَنُهُ بِقِيمَتِه ، كحالِ الإِتْلَافِ والغَصْبِ . والثانى ، يَجِبُ رَدُّ مِثْلِه ؛

لأنَّ النَّبىَّ ﷺ ، اسْتَسْلَفَ من رَجُلٍ بَكْرًا ، فَرَدَّ مِثْلَه . ويُخَالِفُ الإِتْلَافَ ؛ فإنَّه لا مُسَامَحَةَ فيه ، فَوَجَبَتِ القِيمَةُ ، لأنَّها أحْصَرُ ، والقَرْضُ أسْهَلُ ، ولهذا جازَتِ النَّسِيئَةُ فيه فيما فيه الرِّبَا ، ويُعْتَبَرُ مثلَ صِفَاتِه تَقْرِيبًا ، فإنَّ حَقِيقَةَ المِثْلِ إنَّما تُوجَدُ فى المَكِيلِ والمَوْزُونِ . فإن تَعَذَّرَ المِثْلُ ، فعَلَيْهِ قِيمَتُه يومَ تَعَذَّرَ المِثْلُ ، لأنَّ القِيمَةَ ثَبَتَتْ فى ذِمَّتِه حِينَئِذٍ . وإذا قُلْنا : تَجِبُ القِيمَةُ . وَجَبَتْ حين القَرْضِ ؛ لأنَّها حِينَئِذٍ ثَبَتَتْ فى ذِمَّتِه .

فصل : ويَجُوزُ قَرْضُ الخُبْزِ . ورَخَّصَ فيه أبو قِلابَةَ ومالِكٌ . ومنَع منه أبو حنيفةَ . ولَنا ، أنَّه مَوْزُونٌ ، فجازَ قَرْضُه ، كسائِرِ المَوْزُوناتِ . وإذا أقْرَضَه بالوَزْنِ ، ورَدَّ مثلَه بالوَزْنِ ، جازَ . وإن أخَذَهُ عَدَدًا ، فرَدَّهُ عَدَدًا ، فقال الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ : فيه رِوايَتانِ ؛ إحْدَاهما ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه مَوْزُونٌ ، أشْبَهَ سائِرَ المَوْزُوناتِ . والثانية ، يجوزُ . قال ابنُ أبى موسى : إذا كان يَتَحَرَّى أن يكونَ مِثْلًا بمِثْلٍ ، فلا يَحْتَاجُ إلى الوَزْنِ ، والوَزْنُ أحَبُّ إلىَّ . وَوَجْهُ الجَوَازِ ، ما رَوَتْ عائِشَةُ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، قالتْ : قلتُ : يا رسولَ اللهِ ، إنَّ الجِيرانَ يَسْتَقْرِضُونَ الخُبْزَ والخَمِيرَ ، ويَرُدُّونَ زِيَادَةً ونُقْصَانًا . فقال : « لَا بَأْسَ ، إنَّ ذٰلِكَ مِنْ مَرَافِقِ النَّاسِ ، لَا يُرَادُ بِهِ الْفَضْلُ » . ذَكَرَهُ أبو بكرٍ فى « الشَّافِى » بإسْنادِه . وفيه أيضا ، بإسْنادِه عن مُعَاذِ ابن جَبَلٍ ، أنَّه سُئِلَ عن اسْتِقْرَاضِ الخُبْزِ والخَمِيرِ ، فقال : سُبْحَانَ آللهِ ، إنَّما هٰذَا مِنْ مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ ، فَخُذِ الْكَبِيرَ وَأَعْطِ الصَّغِيرَ ، وَخُذِ / الصَّغِيرَ وأَعْطِ الكَبِيرَ ، « خَيْرُكُمْ أَحْسَنُكُم قَضَاءً »(٩) . سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقولُ ذلك . ولأنَّ هذا مِمَّا تَدْعُو الحَاجَةُ إليه ، ويَشُقُّ اعْتِبَارُ الوَزْنِ فيه ، وتَدْخُلُه المُسَامَحَةُ ، فجازَ ، كدُخُولِ الحَمَّامِ مِن غيرِ تَقْدِيرِ أُجْرَةٍ ، والرُّكُوبِ فى سَفِينَةِ المَلَّاحِ ، وأشْبَاهِ هذا . فإن شَرَطَ أن يُعْطِيَهُ أكْثَرَ ممَّا أقْرَضَه أو أجْوَدَ ، أو أعْطَاهُ مثلَ ما أخَذَ وزَادَهُ كِسْرَةً ،

٢١/٤ و

---

(٩) وتقدم تخريج هذا اللفظ من حديث أبى رافع فى صفحة ٣٨٨ .

كان ذلك حَرَامًا . وكذلك إن أقْرَضَهُ صَغِيرًا ، قَصدَ أن يُعْطِيَه كَبِيرًا ؛ لأنَّ الأَصْلَ تَحْرِيمُ ذلك ، وإنَّما أُبِيحَ لِمَشَقَّةِ إمْكَانِ التَّحَرُّزِ منه ، فإذا قَصَدَ أو شَرَطَ أو أُفْرِدَتِ الزِّيَادَةُ ، فقد أمكن التَّحَرُّزُ منه ، فحُرِّمَ بِحُكْمِ الأَصْلِ ، كما لو فَعَلَ ذلك فى غيرِه .

فصل : وكلُّ قَرْضٍ شَرَطَ فيه أن يَزِيدَهُ ، فهو حَرَامٌ ، بغيرِ خِلَافٍ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعُوا على أن المُسْلِفَ إذا شَرَطَ على المُسْتَسْلِفِ زِيَادَةً أو[10] هَدِيَّةً ، فأسْلَفَ على ذلك ، أنَّ أخْذَ الزِّيَادَةِ على ذلك رِبًا . وقد رُوِىَ عن أُبَىٍّ بن كَعْبٍ ، وابنِ عَبّاسٍ ، وابنِ مَسْعُودٍ ، أنَّهم نَهَوْا عن قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً . ولأنَّه عَقْدُ إرْفاقٍ وقُرْبَةٍ ، فإذا شَرَطَ فيه الزِّيَادَةَ أخْرَجهُ عن مَوْضُوعِهِ . ولا فَرْقَ بين الزِّيَادَةِ فى القَدْرِ أو فى الصِّفَةِ ، مثلُ أن يُقْرِضَهُ مُكَسَّرَةً ، لِيُعْطِيَهُ صِحَاحًا ، أو نَقْدًا ، لِيُعْطِيَهُ خَيْرًا منه . وإن شَرَطَ أن يُعْطِيَهُ إيَّاهُ فى بَلَدٍ آخَرَ ، وكان لِحَمْلِه مُؤْنَةٌ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه زِيَادَةٌ . وإن لم يكُنْ لِحَمْلِه مُؤْنَةٌ ، جازَ . وحَكَاهُ ابنُ المُنْذِرِ عن علىٍّ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، والحَسَنِ ابن علىٍّ ، وابن الزُّبَيْرِ ، وابن سِيرِينَ ، وعبد الرحمن بن الأَسْوَدِ ، وأَيُّوبَ السَّخْتِيَانِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، وأحمدَ ، وإسحاقَ . وكَرِهَهُ الحسنُ البَصْرِىُّ ، ومَيْمُونُ ابن أبى شَبِيبٍ[11] ، وعَبْدَةُ بن أبى لُبابَةَ[12] ، ومالِكٌ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ؛ لأنَّه قد يكون فى ذَلك زِيَادَةٌ . وقد نَصَّ أحمدُ على أنَّ مَن شَرَطَ أن يَكْتُبَ له بها سُفْتَجَةً[13] لم يَجُزْ ، ومَعْنَاهُ : اشْتِرَاطُ القَضَاءِ فى بَلَدٍ آخَرَ ، ورُوِىَ عنه جَوَازُها ؛ لِكَوْنِها مَصْلَحَةً لهما جَمِيعًا . وقال عَطَاءٌ : كان ابن الزُّبَيْرِ يَأْخُذُ من قَوْمٍ

---

(١٠) فى م : « أم » .

(١١) ميمون بن أبى شبيب الربعى ، تابعى ، وثقه ابن حبان ، توفى سنة ثلاث وثمانين . تهذيب التهذيب ٣٨٩/١٠ .

(١٢) عبدة بن أبى لبابة الأسدى ، مولاهم ، نزيل دمشق ، تابعى ، من فقهاء الكوفة . تهذيب التهذيب ٤٦١/٦ ، ٤٦٢ .

(١٣) السفتجة : أن يعطى مالا لآخر ، وللآخر مال فى بلد المعطى ، فيوفيه إياه ثَمَّ ، فيستفيد أمن الطريق .

بمَكَّةَ دَرَاهِمَ ، ثم يَكْتُبُ لهم بها إلى مُصْعَبِ بن الزُّبَيْرِ بالعِرَاقِ ، فيَأْخُذُونَها منه . فسُئِلَ عن ذلك ابنُ عَبَّاسٍ ، فلم يَرَ به بَأْسًا . وَرُوِىَ عن علىٍّ رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه سُئِلَ عن مثل هذا ، فلم يَرَ به بَأْسًا . ومِمَّنْ لم يَرَ بِهِ بَأْسًا ابنُ سِيرِينَ ، والنَّخَعِىُّ . رَوَاهُ / كله سَعِيدٌ . وذَكَرَ القاضى أنَّ لِلْوَصِىِّ قَرْضَ مَالِ اليَتِيمِ فى بَلَدٍ أُخْرَى لِيَرْبَحَ خَطَرَ الطَّرِيقِ . والصَّحِيحُ جَوَازُهُ ؛ لأنَّه مَصْلَحَةٌ لهما مِن غيرِ ضَرَرٍ بواحِدٍ منهما ، والشَّرْعُ لا يَرِدُ بِتَحْرِيمِ المَصَالِح التى لا مَضَرَّةَ فيها ، بل بمَشْرُوعِيَّتِها . ولأنَّ هذا ليس بمَنْصُوصٍ على تَحْرِيمِه ، ولا فى معنى المَنْصُوصِ ، فوَجَبَ إبْقَاؤُه على الإباحَةِ . ٢١/٤ ظ

وإن شَرَطَ فى القَرْضِ أن يُؤْجِرَهُ دَارَه ، أو يَبِيعَه شَيْئا ، أو أن يُقْرِضَهُ المُقْتَرِضُ مَرَّةً أُخْرَى ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وسَلَفٍ[14] . ولأنَّه شَرَطَ عَقْدًا فى عَقْدٍ ، فلم يَجُزْ ، كما لو بَاعَهُ دَارَهُ بِشَرْطِ أن يَبِيعَهُ الآخَرُ دَارَهُ . وإن شَرَطَ أن يُؤْجِرَهُ دَارَهُ بأَقَلَّ من أُجْرَتِها ، أو على أن يَسْتَأْجِرَ دَارَ المُقْرِضِ بأَكْثَرَ من أُجْرَتِها ، أو على أن يُهْدِىَ له هَدِيَّةً ، أو يَعْمَلَ له عَمَلًا ، كان أَبْلَغَ فى التَّحْرِيمِ . وإن فَعَلَ ذلك مِن غيرِ شَرْطٍ قبلَ الوَفَاءِ ، لم يَقْبَلْهُ ، و لم يَجُزْ قَبُولُه ، إلَّا أن يُكَافِئَهُ ، أو يَحْسُبَهُ من دَيْنِه ، إلَّا أن يكونَ شيئا جَرَتِ العَادَةُ به بينهما قبلَ القَرْضِ ؛ لما رَوَى الأَثْرَمُ أنَّ رَجُلًا كان له على سَمَّاكٍ عِشْرُونَ دِرْهَمًا ، فجَعَلَ يُهْدِى إليه السَّمَكَ ويُقَوِّمُهُ ، حتى بَلَغَ ثَلَاثَةَ عَشَرَ دِرْهمًا ، فسَأَلَ ابنَ عَبَّاسٍ فقال : أَعْطِه سَبْعَةَ دَرَاهِمَ[15] . وعن ابنِ سِيرِينَ ، أن عمرَ أَسْلَفَ أُبَىَّ بن كَعْبٍ عَشْرَةَ آلافِ دِرْهَمٍ ، فأَهْدَى إليه أُبَىُّ بن كَعْبٍ من ثَمَرَةِ أَرْضِه ، فَرَدَّها عليه ، و لم يَقْبَلْها ، فأتَاهُ أُبَىٌّ فقال : لقد عَلِمَ أَهْلُ المَدِينَةِ أنِّى مِن أَطْيَبِهِم ثَمَرَةً ، وأنَّه لا حَاجَةَ لنا ، فِيمَ مَنَعْتَ هَدِيَّتَنا ! ثم أَهْدَى إليه بعد ذلك فَقَبِلَ . وعَن زِرِّ بن حُبَيْشٍ ، قال : قلتُ لأُبَىِّ بن كَعْبٍ : إنِّى أُرِيدُ أن أَسِيرَ إلى أَرْضِ الجِهادِ إلى العِرَاقِ . فقال : إنَّك تَأْتِى أَرْضًا فَاشٍ فيها الرِّبَا ، فإن

---

(١٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٣٤ .

(١٥) أخرجه البيهقى ، فى : باب كل قرض جر منفعة فهو ربا ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/ ٣٥٠ .

أَقْرَضْتَ رَجُلًا قَرْضًا ، فأتَاكَ بِقَرْضِكَ ومعه هَدِيَّةٌ ، فَاقْبِضْ قَرْضَكَ ، وَارْدُدْ عليه هَدِيَّتَهُ . رَوَاهُمَا الأَثْرَمُ[١٦] . ورَوَى البُخَارِيُّ[١٧] ، عن أبي بُرْدَةَ ، عن أبي موسى ، قال : قَدِمْتُ المَدِينَةَ ، فَلَقِيتُ عبدَ الله بن سَلَامٍ . وذَكَرَ حَدِيثًا . وفيه : ثم قال لى : إنَّك بأَرْضٍ فيها الرِّبَا فَاشٍ ، فإذا كان لك على رَجُلٍ دَيْنٌ ، فأَهْدَى إليكَ حِمْلَ تِبْنٍ ، أو حِمْلَ شَعِيرٍ ، أو حِمْلَ قَتٍّ ، فلا تَأْخُذْه ، فإنَّه رِبًا . قال ابنُ أبى موسى : ولو أَقْرَضَهُ قَرْضًا ، ثم استَعْمَلَهُ / عَمَلًا ، لم يكُنْ لِيَسْتَعْمِلَه مثلَه قبلَ القَرْضِ ، كان قَرْضًا جَرَّ مَنْفَعَةً . ولو استَضَافَ غَرِيمَهُ ، ولم تكُنْ العَادَةُ جَرَتْ بينهما بذلك ، حسَبَ له ما أَكَلَه ؛ لما رَوَى ابنُ مَاجَه ، فى « سُنَنِه »[١٨] ، عن أنسٍ قال : قال رسولُ الله ﷺ : « إذا أَقْرَضَ أحدُكم قَرْضًا ، فَأَهْدَى إلَيْهِ ، أَوْ حَمَلَهُ عَلَى الدَّابَّةِ ، فَلا يَرْكَبْها ، ولَا يَقْبَلْهُ ، إلَّا أنْ يَكُونَ جَرَى بَيْنَهُ وبَيْنَهُ قَبْلَ ذٰلِكَ » . وهذا كلُّه فى مُدَّةِ القَرْضِ ، فأمَّا بعدَ الوَفَاءِ ، فهو كالزِّيَادَةِ من غيرِ شَرْطٍ ، على ما سَنَذْكُرُه ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

٢٢/٤ و

فصل : فإن أَقْرَضَهُ مُطْلَقًا مِن غير شَرْطٍ ، فقَضَاهُ خَيْرًا منه فى القَدْرِ ، أو الصِّفَةِ ، أو دونه ، بِرِضَاهما ، جازَ . وكذلك إن كَتَبَ له بها سُفْتَجَةً ، أو قَضَاهُ فى بَلَدٍ آخَرَ ، جَازَ . ورَخَّصَ فى ذلك ابنُ عمرَ ، وسَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، والحسنُ ، والنَّخَعِيُّ ، والشَّعْبِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، ومَكْحُولٌ ، وقَتَادَةُ ، ومَالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ ، وإسحاقُ . وقال أبو الخَطَّابِ : إن قَضَاهُ خَيْرًا منه ، أو زَادَهُ زِيَادَةً بعدَ الوَفَاءِ مِن غيرِ مُوَاطَأَةٍ ، فعلى رِوَايَتَيْنِ . ورُوِىَ عن أُبَىِّ بن كَعْبٍ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، وابنِ عمرَ ، أنَّه يَأْخُذُ مثلَ قَرْضِه ، ولا يَأْخُذُ فَضْلًا ؛ لأنَّه إذا أَخَذَ فَضْلًا كان قَرْضًا جَرَّ مَنْفَعَةً . ولَنا ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ استَسْلَفَ بَكْرًا ، فَرَدَّ خَيْرًا منه . وقال : « خَيْرُكُمْ أَحْسَنُكُم قَضَاءً » . مُتَّفَقٌ

---

(١٦) وأخرجهما البيهقى ، فى الباب السابق . السنن الكبرى ٣٤٩/٥ ، ٣٥٠ .

(١٧) فى : باب مناقب عبد الله بن سلام ، من كتاب مناقب الأنصار . صحيح البخارى ٤٧/٥ .

(١٨) فى : باب القرض ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨١٣/٢ .

عليه[١٩] . ولِلْبُخارِىِّ : « أَفْضَلُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً » . ولأنَّه لم يَجْعَلْ تلك الزِّيَادَةَ عِوَضًا فى القَرْضِ ، ولا وَسِيلَةً إليه ، ولا إلى اسْتِيفَاءِ دَيْنِه ، فحَلَّتْ ، كما لو لم يكُنْ قَرْضٌ . وقال ابنُ أبى موسى : إذا زَادَهُ بعدَ الوَفاءِ ، فعادَ المُسْتَقْرِضُ بعدَ ذلك يَلْتَمِسُ منه قَرْضًا ثانيا ، ففعَلَ ، لم يَأْخُذْ منه إلَّا مِثْلَ ما أَعْطَاهُ ، فإن أخَذَ زِيَادَةً ، أو أَجْوَدَ مِمَّا أَعْطاهُ ، كان حَرَامًا ، قَوْلًا واحِدًا . وإن كان الرَّجُلُ مَعْرُوفًا بِحُسْنِ القَضَاءِ ، لم يُكْرَهْ إقْرَاضُه . وقال القاضِى : فيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يُكْرَهُ ؛ لأنَّه يَطْمَعُ فى حُسْنِ عَادَتِه . وهذا غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ كان مَعْرُوفًا بِحُسْنِ القَضَاءِ ، فهل يَسُوغُ لأَحَدٍ أن يقولَ : إنَّ إقْرَاضَهُ مَكْرُوهٌ . ولأنَّ المَعْرُوفَ بِحُسْنِ القَضاءِ خيرُ النَّاسِ وأَفْضَلُهم ، وهو أَوْلَى النَّاسِ بِقَضاءِ حَاجَتِه ، وإجَابَةِ / مَسْأَلَتِه ، وتَفْرِيجِ كُرْبَتِه ، فلا يجوزُ أن يكونَ ذلك مَكْرُوهًا ، وإنما يُمْنَعُ من الزِّيَادَةِ المَشْرُوطَةِ . ولو أَقْرَضَهُ مُكَسَّرَةً ، فجاءَهُ مَكانَها بِصِحَاحٍ بغيرِ شَرْطٍ ، جَازَ . وإن جَاءَهُ بِصِحَاحٍ أَقَلَّ منها ، فأَخَذَها بجَمِيعِ حَقِّه ، لم يَجُزْ ، قولًا واحِدًا ؛ لأنَّ ذلك مُعاوَضَةٌ لِلنَّقْدِ بأَقَلَّ منه ، فكان رِبًا . ٢٢/٤ ظ

فصل : وإن شَرَطَ فى القَرْضِ أن يُوَفِّيَهُ أَنْقصَ ممَّا أَقْرَضَهُ ، وكان ذلك ممَّا يَجْرِى فيه الرِّبَا ، لم يَجُزْ ؛ لإفْضَائِه إلى فَوَاتِ المُمَاثَلَةِ فيما هى شَرْطٌ فيه . وإن كان فى غيرِه ، لم يَجُزْ أيضا . وهو أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحَابِ الشَّافِعِىِّ ، وفى الوَجْهِ الآخَرِ ، يجوزُ ؛ لأنَّ القَرْضَ جُعِلَ لِلرِّفْقِ بالمُسْتَقْرِضِ ، وشَرْطُ النُّقْصَانِ لا يُخْرِجُه عن مَوْضُوعِه ، بِخِلَافِ الزِّيَادَةِ . ولَنا ، أنَّ القَرْضَ يَقْتَضِى المِثْلَ ، فشَرْطُ النُّقْصَانِ يُخَالِفُ مُقْتَضَاهُ . فلم يَجُزْ ، كَشَرْطِ الزِّيَادَةِ .

فصل : ولو اقْتَرَضَ من رَجُلٍ نِصْفَ دِينَارٍ ، فدَفَعَ إليه دِينَارًا صَحِيحًا ، وقال : نِصْفُه قَضَاءٌ ، ونِصْفُه وَدِيعَةٌ عِنْدَكَ ، أو سَلَمًا فى شىءٍ ، صَحَّ . وإن امْتَنَعَ المُقْرِضُ

---

(١٩) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٨ .

مِن قَبُولِه ، فله ذلك ؛ لأنَّ عليه فى الشَّرِكَةِ ضَرَرًا . ولو اشْتَرَى بالنِّصْفِ الثانى من الدِّينَارِ سِلْعَةً ، جَازَ ، إلَّا أن يكونَ ذلك عن مُشَارَطَةٍ ، فقال : أَقْضِيكَ صَحِيحًا بِشَرْطِ أنّى آخُذُ منك بِنِصْفِه الباقِى قَمِيصًا . فإنَّه لا يجوزُ ؛ لأنَّه لم يَدْفَعْ إليه صَحِيحًا إلَّا لِيُعْطِيَهُ بالنِّصْفِ الباقِى فَضْلَ ما بينَ الصَّحِيحِ والمَكْسُورِ من النِّصْفِ المَقْضِىِّ . ولو لم يكن شَرْطًا ، جازَ . فإن تَرَكَ النِّصْفَ الآخَرَ عندَه وَدِيعَةً ، جَازَ ، وكانا شَرِيكَيْنِ فيه . وإن اتَّفَقَا على كَسْرِه ، كَسَرَاهُ . فإن اخْتَلَفَا ، لم يُجْبَرْ أَحَدُهُما على كَسْرِه ؛ لأنَّه يُنْقِصُ قِيمَتَهُ .

فصل : ولو أَفْلَسَ غَرِيمُه ، فأَقْرَضَهُ أَلْفًا ، لِيُوَفِّيَهُ كلَّ شَهْرٍ شيئا مَعْلُومًا ، جازَ ؛ لأنه إنَّما انْتَفَعَ بِاسْتِيفَاءِ ما هو مُسْتَحِقٌّ له . ولو كان له عليه حِنْطَةٌ . فأَقْرَضَهُ ما يَشْتَرِى به حِنْطَةً يُوَفِّيه إيَّاها ، لم يكُنْ مُحَرَّمًا ؛ لذلك . ولو أَرَادَ رجلٌ أن يَبْعَثَ إلى عِيَالِه نَفَقَةً ، فأَقْرَضَها رَجُلًا ، على أن يَدْفَعَها إلى عِيَالِه . فلا بَأْسَ ، إذا لم يَأْخُذْ عليها شيئا . ولو أَقْرَضَ أَكَّارَهُ[20] ما يَشْتَرِى به بَقَرًا يَعْمَلُ عليها فى أَرْضِه ، أو بَذْرًا يَبْذُرُه فيها ، فإن شَرَطَ ذلك فى القَرْضِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه شَرَطَ ما يَنْتَفِعُ به ، فأَشْبَه شَرْطَ الزِّيَادَةِ . / وإن لم يكن شَرْطًا ، فقال ابنُ أبى موسى : لا يجوزُ ؛ لأنَّه قَرْضٌ جَرَّ مَنْفَعَةً . قال : ولو قال : أَقْرِضْنِى أَلْفًا ، وادْفَعْ إلَىَّ أَرْضَكَ أَزْرَعْها بالثُّلُثِ . كان خَبِيثًا . والأَوْلَى جَوازُ ذلك ، إذا لم يكن مَشْرُوطًا ؛ لأنَّ الحَاجَةَ دَاعِيَةٌ إليه ، والمُسْتَقْرِضُ إنَّما يَقْصِدُ نَفْعَ نَفْسِه ، وإنَّما يَحْصُلُ انْتِفَاعُ المُقْرِضِ ضِمْنًا ، فأشْبَه أَخْذَ السُّفْتَجَةِ به ، وإيفاءَهُ فى بَلَدٍ آخَرَ ، ولأنَّه مَصْلَحَةٌ لهما جميعا ، فأَشْبَهَ ما ذَكَرْنَا .

٢٣/٤ و

فصل : قال أحمدُ ، فى مَن اقْتَرَضَ من رَجُلٍ دراهِمَ ، وابْتَاعَ بها منه شيئا ، فخرَجَت زُيُوفًا : فالبَيْعُ جَائِزٌ ، ولا يَرْجِعُ عليه بشىءٍ . يعنى لا يَرْجِعُ البائِعُ على المُشْتَرِى بِبَدَلِ الثَّمَنِ ؛ لأنَّها دَرَاهِمُه ، فعَيْبُها عليه ، وإنَّما له على المُشْتَرِى بَدَلُ

---

(٢٠) الأكار : الحرّاث .

ما أَقْرَضَهُ إيَّاه بِصِفَتِه زُيُوفًا . وهذا يَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ فيما إذا بَاعَهُ السِّلْعَةَ بها وهو يَعْلَمُ عَيْبَها ؛ فأمَّا إن بَاعَهُ فى ذِمَّتِه بِدَرَاهِمَ ، ثم قَبَضَ هذه بَدَلًا عنها غيرَ عَالِمٍ بها ، فَيَنْبَغِى أن يَجبَ له دَرَاهِمُ خَالِيَةٌ من العَيْبِ ، ويُرَدَّ هذه عليه ، ولِلْمُشْتَرِى رَدُّها على البَائِعِ ، وَفَاءً عن القَرْضِ ، ويَبْقَى الثَّمَنُ فى ذِمَّتِه . وإن حَسَبَها على البَائِعِ وَفَاءً عن القَرْضِ ، ووَفَّاهُ الثَّمَنَ جَيِّدًا ، جَازَ . قال : ولو أَقْرَضَ رَجُلًا دَرَاهِمَ ، وقال : إذا مِتُّ فأنْتَ فى حِلٍّ . كانت وَصِيَّةً . وإن قال : إن مِتُّ فأنْتَ فى حِلٍّ . لم يَصِحَّ ؛ وذلك لأنَّ هذا إبْرَاءٌ مُعَلَّقٌ على شَرْطٍ ، ولا يَصِحُّ تَعْلِيقُه على الشُّرُوطِ ، والأوَّلُ وَصِيَّةٌ ؛ لأنَّه عَلَّقَ ذلك على مَوْتِ نَفْسِه ، والوَصِيَّةُ جَائِزَةٌ . قال : ولو أَقْرَضَهُ تِسْعِينَ دِينَارًا بمائة عَدَدًا والوَزْنُ واحِدٌ ، وكانت لا تَنْفَقُ فى مَكانٍ إلَّا بالوَزْنِ ، جَازَ . وإن كانت تَنْفَقُ بِرُءُوسِها ، فلا ؛ وذلك لأنَّها إذا كانت تَنْفَقُ فى مكانٍ بِرُءُوسِها ، كان ذلك زِيَادَةً ، لأنَّ التِّسْعِينَ من المائةِ تَقُومُ مَقامَ التِّسْعِين التى أقْرَضَهُ إيَّاهَا ، ويَسْتَفْضِلُ عَشَرَةً ، ولا يجوزُ اشْتِرَاطُ الزِّيَادَةِ ، وإذا كانت لا تَنْفَقُ إلَّا بالوَزْنِ ، فلا زِيَادَةَ فيها وإن كَثُرَ عَدَدُها . قال : ولو قال : اقْتَرِضْ لى من فُلَانٍ مائةً ، ولك عَشَرَةٌ . فلا بَأْسَ ، ولو قال : اكْفُلْ عَنِّى ولك أَلْفٌ . لم يَجُزْ ؛ وذلك لأنَّ قولَه : اقْتَرِضْ لى ولك عَشَرَةٌ . جُعَالَةٌ على فِعْلٍ مُبَاحٍ ، فجازَتْ ، كما لو قال : ابْنِ لى هذا الحَائِطَ ولك عَشَرَةٌ . وأمَّا الكَفَالَةُ ، فإنَّ الكَفِيلَ يَلْزَمُه الدَّيْنُ ، فإذا أَدَّاهُ وَجَبَ له على المَكْفُولِ عنه ، / فصَارَ كالقَرْضِ ، فإذا أخَذَ عِوَضًا صارَ القَرْضُ جَارًّا لِلْمَنْفَعَةِ ، فلم يَجُزْ . ٢٣/٤ ظ

فصل : قد ذَكَرْنَا أنَّ المُسْتَقْرِضَ يَرُدُّ الْمِثْلَ فى المِثْلِيَّاتِ ، سواءٌ رَخُصَ سِعْرُه أو غَلَا ، أو كان بحالِه . ولو كان ما أَقْرَضَهُ مَوْجُودًا بِعَيْنِه ، فَرَدَّهُ مِن غير عَيْبٍ يَحْدُثُ فيه ، لَزِمَ قَبُولُه ، سواءٌ تَغَيَّرَ سِعْرُه أو لم يَتَغَيَّرْ . وإن حَدَثَ به عَيْبٌ ، لم يَلْزَمْهُ قَبُولُه . وإن كان القَرْضُ فُلُوسًا أو مُكَسَّرَةً ، فحَرَّمَها السُّلْطانُ ، وتُرِكَتِ المُعَامَلَةُ بها ، كان لِلْمُقْرِضِ قِيمَتُها ، و لم يَلْزَمْهُ قَبُولُها ، سواءٌ كانت قَائِمَةً فى يَدِه أو اسْتَهْلَكَها ؛ لأنَّها تَعَيَّبَتْ فى مِلْكِه . نَصَّ عليه أحمدُ فى الدَّرَاهِمِ المُكَسَّرَةِ ، وقال : يُقَوِّمُها كم تُسَاوِى

يومَ أخذَها ؟ ثم يُعْطِيه ، وسواءٌ نَقَصَتْ قِيمَتُها قَلِيلًا أو كَثِيرًا . قال القاضى : هذا إذا اتَّفَقَ الناسُ على تَرْكِهَا ، فأمَّا إن تَعَامَلُوا بها مع تَحْرِيمِ السُّلْطَانِ لها ، لَزِمَ أخْذُها . وقال مالِكٌ ، واللَّيْثُ بن سَعْدٍ ، والشَّافِعِىُّ : ليس له إلَّا مِثْلُ ما أقْرَضَهُ ؛ لأنَّ ذلك ليس بِعَيْبٍ حَدَثَ فيها ، فجَرَى مَجْرَى نَقْصِ سِعْرِها . ولَنا ، أنَّ تَحْرِيمَ السُّلْطَانِ لها مَنَعَ إنْفاقَها ، وأبْطَلَ مَالِيَّتَها ، فأشْبَهَ كَسْرَها ، أو تَلَفَ أجْزائِها ، وأما رُخْصُ السِّعْرِ فلا يَمْنَعُ رَدَّهَا ، سواءٌ كان كثيرًا ، مثلَ أن كانتْ عشرةً بِدَانَقٍ ، فصارَتْ عِشْرِينَ بِدَانِقٍ[21] ، أو قليلا ؛ لأنَّه لم يَحْدُثْ فيها شىءٌ ، إنَّما تَغَيَّر السِّعْرُ ، فأشْبَهَ الحِنْطَةَ إذا رَخُصَتْ أو غَلَتْ .

فصل : وإذا أقْرَضَهُ ما لِحَمْلِه مُؤْنَةٌ ، ثم طَالَبَه بمِثْلِه بِبَلَدٍ آخَرَ ، لم يَلْزَمْهُ ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُه حَمْلُه له إلى ذلك البَلَدِ . فإن طَالَبَه بالقِيمَةِ لَزِمَهُ ؛ لأنَّه لا مُؤْنَةَ لِحَمْلِهَا . فإن تَبَرَّعَ المُسْتَقْرِضُ بِدَفْعِ المِثْلِ ، وأَبَى المُقْرِضُ قَبُولَه ، فله ذلك ، لأنَّ عليه ضَرَرًا فى قَبْضِه ، لأنَّه ربما احْتَاجَ إلى حَمْلِه إلى المَكَانِ الذى أقْرَضَهُ فيه ، وله المُطَالَبَةُ بِقِيمَةِ ذلك فى البَلَدِ الذى أقْرَضَهُ فيه ؛ لأنَّه المَكانُ الذى يَجِبُ التَّسْلِيمُ فيه ، وإن كان القَرْضُ أثْمانًا ، أو مالا مُؤْنَةَ فى حَمْلِه ، وطَالَبَه بها ، وهما بِبَلَدٍ آخَرَ ، لَزِمَهُ دَفْعُه إليه ؛ لأنَّ تَسْلِيمَه إليه فى هذا البَلَدِ وغيرِه واحِدٌ .

فصل : وإن أقْرَضَ ذِمِّىٌّ ذِمِّيًّا خَمْرًا ، ثم أسْلَما أو أحَدُهما . بَطَلَ القَرْضُ . و لم يَجِبْ على المُقْتَرِضِ شىءٌ ، سواءٌ كان هو المُسْلِمَ أو الآخَر ؛ لأنَّه إذا أسْلَمَ لم يَجُزْ أن يَجِبَ عليه خَمْرٌ ، لِعَدَمِ مَالِيَّتِها ، ولا يَجِبُ بَدَلُها ؛ لأنَّها لا قِيمَةَ لها ، ولذلك / لا يَضْمَنُها إذا أتْلَفَها . وإن كان المُسلِمُ الآخَرَ لم يَجِبْ له شىءٌ ، لذلك . ٢٤/٤ و

---

(٢١) الدانق : سدس الدرهم .

كتابُ الرَّهْنِ

الرَّهْنُ فى اللُّغَةِ : الثُّبوتُ والدَّوَامُ . يُقال : مَاءٌ رَاهِنٌ . أى رَاكِدٌ . ونِعْمَةٌ رَاهِنَةٌ . أى ثَابِتَةٌ دَائِمَةٌ . وقيل : هو من الحَبْسِ . قال اللهُ تعالى : ﴿ كُلُّ آمْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ ﴾[1] . وقال : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾[2] . وقال الشَّاعِرُ :

وفَارَقَتْكَ بِرَهْنٍ لا فَكَاكَ لَهُ ... يَوْمَ الوَدَاعِ فأَضْحَى الرَّهْنُ قد غَلِقَا[3]

شَبَّهَ لُزُومَ قَلْبِه لها ، واحْتِبَاسَهُ عِنْدَها ، لِشِدَّةِ وَجْدِه بها ، بالرَّهْنِ الذى يَلْزَمُه المُرْتَهِنُ ، فيُبْقِيه عِنْدَهُ ، ولا يُفارِقُه . وغَلَقُ الرَّهْنِ : اسْتِحْقَاقُ المُرْتَهِنِ إيَّاهُ ، لِعَجْزِ الرَّاهِنِ عن فَكَاكِه . والرَّهْنُ فى الشَّرْعِ : المالُ الذى يُجْعَلُ وَثِيقَةً بالدَّيْنِ لِيُسْتَوْفَى مِن ثَمَنِه إن تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُه ممَّن هو عليه . وهو جَائِزٌ . بالكِتَابِ والسُّنَّةِ والإِجْماعِ ، أمَّا الكِتَابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرُهُنٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ . وتُقْرَأُ : ﴿ فَرِهَانٌ ﴾[4] . والرِّهَانُ : جَمْعُ رَهْنٍ ، والرُّهُنُ : جَمْعُ الجَمْعِ . قالَه الفَرَّاءُ[5] . وقال الزَّجَّاجُ : يَحْتَمِلُ أن يكونَ جَمْعَ رَهْنٍ ، مثل سَقْفٍ وَسُقُفٍ . وأما السُّنَّةُ ، فرَوَتْ عائِشةُ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ اشْتَرَى من يَهُودِىٍّ طَعَامًا ، ورَهَنَهُ دِرْعَهُ . مُتَّفَقٌ عليه[6] . ورَوَى أبو هُرَيْرَةَ

---

(١) سورة الطور ٢١ .

(٢) سورة المدثر ٣٨ .

(٣) البيت لزهير بن أبى سلمى ، وهو فى شرح ديوانه ٣٣ .
وفى النسخ : « فارقتك » . دون الواو .

(٤) سورة البقرة ٢٨٣ .

(٥) فى معانى القرآن ١/١٨٨ .

(٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٧٥ .

رَضِيَ اللهُ عنه ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « الظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِه ، إذَا كَانَ مَرْهُونًا ، ولَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِه ، إذَا كَانَ مَرْهُونًا ، وعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ ويَشْرَبُ النَّفَقَةُ » . رَوَاهُ البُخَارِيُّ[٧] . وعن أبي هُرَيْرَةَ . رَضِيَ اللهُ عنه ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ »[٨] . وأما الإِجْمَاعُ ، فأَجْمَعَ المسلمون على جَوازِ الرَّهْنِ في الجُمْلَةِ .

فصل : ويجوزُ الرَّهْنُ في الحَضَرِ ، كما يجوزُ في السَّفَرِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : لا نَعْلَمُ أحَدًا خَالَفَ في ذلك ، إلَّا مُجَاهِدًا ، قال : ليس الرَّهْنُ إلَّا في السَّفَرِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى شَرَطَ السَّفَرَ في الرَّهْنِ بقولِه تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ . ولَنا ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ اشْتَرَى من يَهُودِيٍّ طَعَامًا ، ورَهَنَهُ دِرْعَهُ ، وكَانَا بالمَدِينَةِ . ولأنَّها وَثِيقَةٌ تَجُوزُ في / السَّفَرِ ، فجازَتْ في الحَضَرِ ، كالضَّمَانِ . فأمَّا ذِكْرُ السَّفَرِ ، فإنَّه خَرَجَ مَخْرَجَ الغَالِبِ ؛ لِكَوْنِ الكاتِبِ يُعْدَمُ في السَّفَرِ غَالِبًا ، ولهذا لم يَشْتَرِطْ عَدَمَ الكَاتِبِ ، وهو مَذْكُورٌ معه أيضا . (٢٤/٤ ظ)

فصل : والرَّهْنُ غيرُ واجِبٍ . لا نَعْلَمُ فيه مُخَالِفًا ؛ لأنَّه وَثِيقَةٌ بالدَّيْنِ ، فلم يَجِبْ ، كالضَّمانِ والكِفَايَةِ . وقولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ . إرْشَادٌ لنا لا إيجَابٌ علينا ، بِدَلِيلِ قولِ اللهِ تعالى : ﴿ فإنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾ . ولأنَّه أَمَرَ به عند إعْوَازِ[٩] الكِتَابَةِ ، والكِتَابَةُ غير وَاجِبَةٍ ، فكذلك بَدَلُها .

فصل : ولا يَخْلُو الرَّهْنُ من ثلاثةِ أحْوالٍ ، أحَدُها ، أن يَقَعَ بعدَ الحَقِّ ، فيَصِحُّ بالإِجْمَاعِ ؛ لأنَّه دَيْنٌ ثَابِتٌ تَدْعُو الحاجَةُ إلى[١٠] أَخْذِ الوَثِيقَةِ به ، فجازَ أَخْذُها به

---

(٧) في : باب الرهن مركوب ومحلوب ، من كتاب الرهن . صحيح البخاري ١٨٧/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرهن ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الانتفاع بالرهن ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذي ٢٥٩/٥ . وابن ماجه في : باب الرهن مركوب ومحلوب ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٢٨/٢ ، ٤٧٢ .

(٨) أخرجه ابن ماجه ، في : باب لا يغلق الرهن ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٦/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما لا يجوز من غلق الرهن ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٢٨/٢ . والبيهقي في : باب ما روى في غلق الرهن ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٤٤/٦ .

(٩) في النسخ : « إعواد » .

(١٠) سقط من : م .

كالضَّمَانِ ، ولأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَإِنْ كُنتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ . فجَعَلَهُ بَدَلًا عن الكِتَابَةِ ، فيكونُ فى مَحَلِّها ، ومَحَلُّهَا بعدَ وُجُوبِ الحَقِّ ، وفى الآيةِ مايَدُلُّ على ذلك ، وهو قولُه : ﴿ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ . فجَعَلَهُ جَزاءً لِلمُدَايَنَةِ مَذْكُورًا بعدَها بفاءِ التَّعْقِيبِ . الحالُ الثانى ، أن يَقَعَ الرَّهْنُ مع العَقْدِ المُوجِبِ لِلدَّيْنِ ، فيقولُ : بِعْتُكَ ثَوْبِى هذا بِعَشَرَةٍ إلى شَهْرٍ[11] ، تَرْهَنُنِى بها عَبْدَكَ سَعْدًا . فيقولُ : قَبِلْتُ ذلك . فيَصِحُّ أيضا . وبه قال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ الحاجَةَ دَاعِيَةٌ إلى ثُبُوتِه ، فإنَّه لو لم يَعْقِدْهُ مع ثُبُوتِ الحَقِّ ، ويَشْتَرِطْ فيه ، لم يَتَمَكَّنْ من إلْزَامِ المُشْتَرِى عَقْدَهُ ، وكانت الخِيَرَةُ إلى المُشْتَرِى ، والظَّاهِرُ أنَّه لا يَبْذُلُه ، فتَفُوتُ الوَثِيقَةُ بالحَقِّ . الحالُ الثالث ، أن يَرْهَنَهُ قبلَ الحَقِّ ، فيقولُ : رَهَنْتُكَ عَبْدِى هذا بِعَشَرَةٍ تُقْرِضُنِيها . فلا يَصِحُّ فى ظَاهِرِ المَذْهَبِ . وهو اخْتِيَارُ أبى بكرٍ والقاضِى . وذَكَرَ القاضى : أنَّ أحمدَ نَصَّ عليه ، فى رِوَايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ . واخْتَارَ أبو الخَطَّابِ أنَّه يَصِحُّ . فمتى قال : رَهَنْتُكَ ثَوْبِى هذا بعَشَرَةٍ تُقْرِضُنِيهَا غَدًا . وسَلَّمَهُ إليه ، ثم أقْرَضَه الدَّرَاهِمَ ، لَزِمَ الرَّهْنُ . وهو مَذهبُ مالِكٍ وأبى حنيفةَ ؛ لأنَّه وَثِيقَةٌ بحَقٍّ ، فجازَ عَقْدُها قبلَ وُجُوبِه ، كالضَّمَانِ ، أو فجَازَ انْعِقَادُها على شىءٍ يَحْدُثُ فى المُسْتَقْبَلِ ، كضَمَانِ الدَّرْكِ . / ولَنا ، أنَّه وَثِيقَةٌ بحَقٍّ لا يَلْزَمُ قَبْلَهُ ، فلم تَصِحَّ قَبْلَهُ كالشَّهادَةِ ، ولأنَّ الرَّهْنَ تَابِعٌ للحَقِّ ، فلا يَسْبِقُه ، كالشَّهَادَةِ ، والثَّمَنُ لا يَتَقَدَّمُ البَيْعَ . وأمَّا الضَّمانُ فيَحْتَمِلُ أن يُمْنَعَ صِحَّتُهُ ، وإن سَلَّمْنَا فالفَرْقُ بينهما أن الضَّمَانَ الْتِزَامُ مَالٍ تَبَرُّعًا بالقَوْلِ ، فجازَ من غيرِ حَقٍّ ثابتٍ ، كالنَّذْرِ ، بخِلَافِ الرَّهْنِ .

٢٥/٤ و

٧٨٤ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَقْبُوضًا مِنْ جَائِزِ الأَمْرِ)

يَعْنِى لا يَلْزَمُ الرَّهْنُ إلّا بالقَبْضِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ والشَّافِعِىُّ . وقال بعضُ

---

(١١) فى ا : « شهرين » .

أصْحَابِنَا : ما كان مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، لا يَلْزَمُ رَهْنُه إلَّا بالقَبْضِ ، وفيما عداهما رِوَايَتانِ ؛ إحْدَاهما ، لا يَلْزَمُ إلَّا بالقَبْضِ . والأُخْرَى ، يَلْزَمُ بمُجَرَّدِ العَقْدِ ، كالبَيْعِ . وقد نَصَّ أحمدُ على هذا ، فى رِوَايَةِ المَيْمُونِىِّ . وحَمَلَ القاضى كلامَ الخِرَقِىِّ على المَكِيلِ والمَوْزُونِ خاصَّةً . وليس بِصَحِيحٍ ؛ فإنَّ كَلامَ الخِرَقِىِّ مع عُمُومِه ، قد أَتْبَعَهُ بما يَدُلُّ على إرَادَةِ التَّعْمِيمِ ، وهو قولُه : فإن كان مما يُنْقَلُ ، فقَبْضُه أخْذُه إيَّاهُ من رَاهِنِه مَنْقُولًا ، وإنْ كان ممَّا لا يُنْقَلُ ، كالدُّورِ والأَرَضِينَ ، فقَبْضُه بتَخْلِيَةِ رَاهِنِه بَيْنَه وبَيْنه[1] . [2]وقد قال[2] أحمدُ فى الدَّارِ والجَارِيَةِ إذا رَدَّهَا إلى الرَّاهِنِ : لم يكُنْ رَهْنًا فى الحال . وهذا كقَوْلِ الخِرَقِىِّ . وقال مالِكٌ : يَلْتَزِمُ الرَّهْنَ بمُجَرَّدِ العَقْدِ قبلَ القَبْضِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَلْزَمُ بالقَبْضِ ، فلَزِمَ قبلَه ، كالبَيْعِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ . وَصَفَها بِكَوْنِها مَقْبُوضَةً ، ولأنَّه عَقْدُ إرْفَاقٍ يَفْتَقِرُ إلى القَبُولِ ، فافْتَقَرَ إلى القَبْضِ ، كالقَرْضِ ، ولأنَّه رَهْنٌ لم يُقْبَضْ ، فلا يَلْزَمُ إقْبَاضُهُ ، كما لو ماتَ الرَّاهِنُ ، ولا يُشْبِهُ البَيْعَ ، فإنَّه مُعاوَضَةٌ ، وليس بإرْفاقٍ . وقولُ الخِرَقِىِّ : « مِن جَائِزِ الأَمْرِ » . يعنى أنَّ الرَّاهِنَ الذى يَرْهَنُ ويقْبِضُ ، يكونُ جَائِزَ التَّصَرُّفِ فى مَالِه ، وهو الحُرُّ المُكَلَّفُ الرَّشِيدُ ، ولا يكون مَحْجُورًا عليه ، لِصِغَرٍ أو جُنُونٍ أو سَفَهٍ أو فَلَسٍ ، ويُعْتَبَرُ ذلك فى حالِ رَهْنِه وإقْبَاضِه ؛ لأنَّ العَقْدَ والتَّسْلِيمَ ليس بوَاجِبٍ ، وإنَّما هو إلى اخْتِيَارِ الرَّاهِنِ ، فإذا لم يكُنْ له اخْتِيَارٌ صَحِيحٌ ، لم يَصِحَّ ، ولأنَّه نَوْعُ تَصَرُّفٍ فى المالِ ، فلم يَصِحَّ من المَحْجُورِ عليه من غيرِ إذْنٍ ، كالبَيْعِ . فإنْ جُنَّ أحَدُ المُتَرَاهِنَيْنِ قبلَ القَبْضِ ، أو مَاتَ ، لم يَبْطُلِ الرَّهْنُ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَؤُولُ /إلى اللُّزُومِ ، فلم يَبْطُلْ بجُنُونِ أحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ أو مَوْتِه ، كالبَيْعِ الذى فيه الخِيَارُ ، ويَقُومُ وَلِىُّ المَجْنُونِ مَقامَهُ ، فإن كان المَجْنُونُ الرَّاهِنَ ، وكان الحَظُّ فى التَّقْبِيضِ ، مثل أن يكونَ شَرْطًا فى بَيْعٍ يَسْتَضِرُّ بِفَسْخِه ونحوَه ، أقْبَضَهُ . وإن كان الحَظُّ فى

٢٥/٤ ظ

---

(١) فى ا : « وبين مرهنه » .

(٢ - ٢) فى م : « وقال » .

تَرْكِه ، لم يَجُزْ له تَقْبِيضُهُ . وإن كان المَجْنُونُ المُرْتَهِنَ ، قَبَضَهُ وَلِيُّهُ إن اخْتَارَ الرَّاهِنُ ، وإن امْتَنَعَ لم يُجْبَرْ . وإذا مَاتَ ، قامَ وَارِثُه مَقَامَهُ فى القَبْضِ . فإن مَاتَ الرَّاهِنُ ، لم يَلْزَمْ وَرَثَتَه تَقْبِيضُه ؛ لأنَّهم يَقُومُونَ مَقامَ الرَّاهِنِ ، و لم يَلْزَمْهُ ذلك . فإن لم يكُنْ على المَيِّتِ دَيْنٌ سِوَى هذا الدَّيْنِ ، فأَحَبَّ الوَرَثَةُ تَقْبِيضَ الرَّهْنِ ، جازَ . وإن كان عليه دَيْنٌ سِوَاه ، فظَاهِرُ المَذْهَبِ أنَّه ليس لِلْوَارِثِ تَخْصِيصُ المُرْتَهِنِ بالرَّهْنِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايَةِ علىِّ بن سَعِيدٍ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وذَكَرَ القاضى فيه رِوَايَةً أُخرَى ، أنَّ لهم ذلك ، أخْذًا ممَّا نَقَلَ ابنُ مَنْصُورٍ وأبو طَالِبٍ عن أحمدَ ، أنَّه قال : إذا مَاتَ الرَّاهِنُ أو أَفْلَسَ ، فالمُرْتَهِنُ أحَقُّ به من الغُرَمَاءِ . و لم يعْتَبِرْ وُجُودَ القَبْضِ بعدَ المَوْتِ أو قبلَه . وهذا لا يُعَارِضُ ما نَقَلَهُ علىُّ بن سَعِيدٍ ؛ لأنَّه خاصٌّ وهذا عَامٌّ ، والاسْتِدْلَالُ به على هـذه الصُّورَةِ يَضْعُفُ جدًّا لِنُدْرَتِها ، فكيف يُعَارَضُ به الخاصُّ ! لكن يجوزُ أن يكونَ هذا الحُكْمُ مَبْنِيًّا على الرِّوَايَةِ التى لا يُعْتَبَرُ فيها القَبْضُ فى غير المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، فيكونُ الرَّهْنُ قد لَزِمَ قبلَ القَبْضِ ، ووَجَبَ تَقْبِيضُه على الرَّاهِنِ ، فكذلك على وَارِثِه . ويَخْتَصُّ هذا[3] بما عدا المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، وأمَّا ما لم يَلْزَمِ الرَّهْنُ فيه ، فليس لِلْوَرَثَةِ تَقْبِيضُه ؛ لأنَّ الغُرَمَاءَ تَعَلَّقَتْ دُيُونُهم بالتَّرِكَةِ قبلَ لُزُومِ حَقِّه فى الرَّهْنِ ، فلم يَجُزْ تَخْصِيصُه به بغير رِضَاهُم ، كما لو أَفْلَسَ الرَّاهِنُ ، إلَّا إذا قُلْنا : إن لِلْوَرَثَةِ التَّصَرُّفَ فى التَّرِكَةِ ، ووفاءَ الدَّيْنِ من أَمْوالِهم . فإن قِيلَ : فما الفَائِدَةُ فى القولِ بِصِحَّةِ الرَّهْنِ إذا لم يَخْتَصَّ به المُرْتَهِنُ ؟ قُلْنا : فَائِدَتُه أنَّه يَحْتَمِلُ أن يَرْضَى الغُرَمَاءُ بِتَسْلِيمِه إليه ، فيَتِمَّ الرَّهْنُ . ولا فَرْقَ فى جَمِيعِ ما ذَكَرْنَاهُ بينَ ما قبلَ الإِذْنِ فى القَبْضِ وما بعدَه ؛ لكَوْنِ الإِذْنِ يَبْطُلُ بالجُنُونِ والمَوْتِ والإِغْمَاءِ والحَجْرِ .

فصل : ولو حُجِرَ على الرَّاهِنِ لِفَلَسٍ قبلَ التَّسْلِيمِ لم يكُنْ له تَسْلِيمُه ؛ لأنَّ فيه

---

(٣) سقط من : م .

٢٦/٤ و تَخْصِيصًا لِلْمُرْتَهِنِ بِثَمَنِه ، وليس له تَخْصِيصُ بعضِ غُرَمَائِه . / وإن حُجِرَ عليه لِسَفَهٍ ، فحُكْمُه حُكْمُ ما لو زَالَ عَقْلُه بِجُنُونٍ ، على ما أسْلَفْنَاهُ . وإن أُغْمِىَ عليه ، لم يكُنْ لِلْمُرْتَهِنِ قَبْضُ الرَّهْنِ ، وليس لأحدٍ تَقْبِيضُه ؛ لأنَّ المُغْمَى عليه لا وِلَايَةَ عليه . وإن أُغْمِىَ على المُرْتَهِنِ ، لم يكُنْ لأحدٍ أن يَقُومَ مقَامَهُ فى قَبْضِ الرَّهْنِ أيضًا . وانْتُظِرَ إفاقَتُه ، وإن خَرِسَ[4] ، وكانت له كِتَابَةٌ مَفْهُومَةٌ ، أو إشَارَةٌ مَعْلُومَةٌ[5] ، فحُكْمُه حُكْمُ المُتَكَلِّمِينَ ، إن أَذِنَ فى القَبْضِ جَازَ ، وإلَّا فلا . وإن لم تُفْهَمْ إشَارَتُه ولا كِتَابَتُه ، لم يَجُزِ القَبْضُ . وإن كان أحدُ هؤلاء قد أَذِنَ فى القَبْضِ ، فحُكْمُه حُكْمُ من لم يَأْذَنْ ؛ لأنَّ إذْنَهُم يَبْطُلُ بما عَرَضَ لهم . وجَمِيعُ هذا تَنَاوَلَهُ قولُ الخِرَقِىِّ : « من جَائِزِ الأَمْرِ » . وليس أحَدٌ مِن هؤلاء جائزَ الأَمْرِ .

فصل : إذا تَصرَّفَ الرَّاهِنُ فى الرَّهْنِ قبل القَبْضِ ، بِهِبَةٍ أو بَيْعٍ أو عِتْقٍ ، أو جَعَلَهُ صَدَاقًا ، أو رَهَنَهُ ثانيًا ، بَطَلَ الرَّهْنُ الأَوَّلُ ، سواءٌ قَبَضَ الهِبَةَ والمَبِيعَ والرَّهْنَ الثانى أو لم يَقْبِضْه ؛ لأنَّه أخْرَجَهُ عن إمْكَانِ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ من ثَمَنِه ، أو فَعَلَ ما يَدُلُّ على قَصْدِه ذلك ، وإن دَبَّرَ العَبْدَ ، أو أَجَرَهُ ، أو زَوَّجَ الأَمَةَ ، لم يَبْطُلِ الرَّهْنُ ؛ لأنَّ هذا التَّصرُّفَ لا يَمْنَعُ البَيْعَ ، فلا يَمْنَعُ صِحَّةَ الرَّهْنِ . ولأنَّه لا يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الرَّهْنِ ، فلا يَقْطَعُ اسْتِدَامَتَهُ كاسْتِخْدامِه . وإن كاتَبَ العَبْدَ ، انْبَنَى على صِحَّةِ رَهْنِ المُكَاتَبِ ، فإن قُلْنا : يجوزُ رَهْنُه . لم يَبْطُلْ رَهْنُه . وإن قُلْنا : لا يجوزُ رَهْنُه . بَطَلَ رَهْنُه ، كما لو أعْتَقَهُ .

فصل : واسْتِدَامَةُ القَبْضِ شَرْطٌ لِلُزُومِ الرَّهْنِ . فإذا أخْرَجَهُ المُرْتَهِنُ عن يَدِه بِاخْتِيَارِه ، زَالَ لُزُومُ الرَّهْنِ ، وبَقِىَ العَقْدُ ، كأنه لم يُوجَدْ فيه قَبْضٌ ، سواءٌ أخْرَجَهُ بإجارَةٍ أو إعَارَةٍ أو إيداعٍ أو غير ذلك . فإذا عَادَ فَرَدَّهُ إليه ، عادَ اللُّزُومُ بحُكْمِ

---

(٤) فى م : « أخرس » .

(٥) سقط من : الأصل .

العَقْدِ السَّابِقِ . قال أحمدُ ، فى رِوَايَةِ ابن مَنصُورٍ : إذا ارْتَهَنَ دَارًا ، ثم أَكْرَاهَا صَاحِبُها ، خَرَجَتْ من الرَّهْنِ ، فإذا رَجَعَتْ إليه ، صَارَتْ رَهْنًا . وقال فى مَن رَهَنَ جَارِيَةً ، ثم سَأَلَ المُرْتَهِنَ أن يَبْعَثَها إليه لِتَخْبِزَ لهم ، فبَعَثَ بها ، فوَطِئَها : انْتَقَلَتْ من الرَّهْنِ ، فإن لم يكن وَطِئَها ، فلا شىءَ . قال أبو بكرٍ : لا يكونُ رَهْنًا فى تلك الحالِ ، فإذا رَدَّها رَجَعَتْ إلى الرَّهْنِ . وممَّن أَوْجَبَ اسْتِدَامَةَ القَبْضِ مالِكٌ وأبو حنيفةَ . وهذا على القولِ الصَّحِيحِ ، فأمَّا على قولِ مَن قال : ابْتِدَاءُ القَبْضِ ليس بِشَرْطٍ . / فأَوْلَى أن يقولَ : الاسْتِدَامَةُ غيرُ مُشْتَرَطَةٍ ؛ لأنَّ كلَّ شَرْطٍ يُعْتَبَرُ فى الاسْتِدَامَةِ ، يُعْتَبَرُ فى الابْتِدَاءِ ، وقد يُعْتَبَرُ فى الابْتِدَاءِ ما لا يُعْتَبَرُ فى الاسْتِدَامَةِ . قال أبو الخَطَّابِ : إذا قُلْنا : القَبْضُ شَرْطٌ فى الابْتِدَاءِ . كان شَرْطًا فى الاسْتِدَامَةِ . وقال الشَّافِعِىُّ : اسْتِدَامَةُ القَبْضِ ليست شَرْطًا ؛ لأنه عَقْدٌ يُعْتَبَرُ القَبْضُ فى ابْتِدَائِه ، فلم يُشْتَرَطْ اسْتِدَامَتُه كالهِبَةِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ . لأنَّها إحْدَى حَالَتَىِ الرَّهْنِ ، فكان القَبْضُ فيها شَرْطًا ، كالابْتِدَاءِ . ويُفَارِقُ الهِبَةَ ؛ لأنَّ القَبْضَ فى ابْتِدَائِها يُثْبِتُ المِلْكَ ، فإذا ثَبَتَ اسْتَغْنَى عن القَبْضِ ثانِيًا ، والرَّهْنُ يُرَادُ لِلْوَثِيقَةِ من بَيْعِه ، واسْتِيفَاءِ دَيْنِه من ثَمَنِه ، فإذا لم يكُنْ فى يَدِه ، لم يَتَمَكَّنْ مِن بَيْعِه ، ولم تَحْصُلْ وَثِيقَةٌ . وإن أُزِيلَتْ يَدُ المُرْتَهِنِ لغيرِ حَقٍّ ، كغَصْبٍ ، أو سَرِقَةٍ ، أو إبَاقِ العَبْدِ ، أو ضَيَاعِ المَتَاعِ ، ونحوِ ذلك ، لم يَزُلْ لُزُومُ الرَّهْنِ ؛ لأنَّ يَدَهُ ثابِتَةٌ حُكْمًا ، فكأنَّها لم تَزُلْ .

٢٦/٤ ظ

فصل : وليس لِلْمُرْتَهِنِ قَبْضُ الرَّهْنِ إلَّا بإذْنِ الرَّاهِنِ ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُه تَقْبِيضُه ، فاعْتُبِرَ إذْنُه فى قَبْضِه ، كالوَاهِبِ . فإن تَعَدَّى المُرْتَهِنُ ، فقَبَضَهُ بغيرِ إذْنٍ ، لم يَثْبُتْ حُكْمُه ، وكان بِمَنْزِلَةِ مَن لم يَقْبِضْ . وإن أَذِنَ الرَّاهِنُ فى القَبْضِ ، ثم رَجَعَ عن الإذْنِ قبلَه ، زَالَ حُكْمُ الإذْنِ . وإن رَجَعَ عن الإذْنِ بعدَ قَبْضِه ، لم يُؤَثِّرْ[٦] رُجُوعُه ؛ لأنَّ

---

(٦) فى م : « يؤثم » . خطأ .

الرَّهْنَ قد لَزِمَ لِاتِّصَالِ القَبْضِ به . وكُلُّ مَوْضِعٍ زَالَ لُزُومُ الرَّهْنِ لِزَوَالِ القَبْضِ ، اعْتُبِرَ الإِذْنُ فى القَبْضِ الثانى ؛ لأنَّه قَبْضٌ يَلْزَمُ به الرَّهْنُ ، أَشْبَهَ الأَوَّلَ ، ويَقُومُ ما يَدُلُّ على الإِذْنِ مَقَامَهُ ، مثلُ إرْسَالِه العَبْدَ إلى مُرْتَهِنِه ،ورَدِّه لما أَخَذَهُ من المُرْتَهِنِ إلى يَدِه ، ونحو ذلك ؛ لأنَّ ذلك دَلِيلٌ على الإِذْنِ ، فاكْتُفِىَ به ، كدُعاءِ الناسِ إلى الطَّعَامِ ، وتَقْدِيمِه بين أَيْدِيهم ، يَجْرِى مَجْرَى الإِذْنِ فى أَكْلِه .

٧٨٥ ـ مسألة ؛ قال : (**والقَبْضُ فِيهِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ فَإِنْ كَانَ مِمَّا يُنْقَلُ ، فَقَبْضُ المُرْتَهِنِ لَهُ أَخْذُه إيَّاهُ مِنْ رَاهِنِه مَنْقُولًا ، وإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُنْقَلُ ، كالدُّورِ والأَرَضِينَ ، فَقَبْضُه تَخْلِيَةُ رَاهِنِه بَيْنَهُ وبَيْنَ مُرْتَهِنِه ، لَا حَائِلَ دُونَهُ**)

وجملةُ ذلك أنَّ القَبْضَ فى الرَّهْنِ كالقَبْضِ فى البَيْعِ والهِبَةِ ، فإن كان مَنْقُولًا فَقَبْضُه نَقْلُه أو تَنَاوُلُه / ، وإن كان أَثْمَانًا ، أو شَيْئًا خَفِيفًا يُمْكِنُ قَبْضُه باليَدِ ، فقَبْضُه تَنَاوُلُه بها ، وإن كان مَكِيلًا رَهْنُه بالكَيْلِ ، أو مَوْزُونًا رَهْنُه بالوَزْنِ ، فقَبْضُه اكْتِيَالُه أو اتِّزَانُه ؛ لقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « إذَا سَمَّيْتَ الكَيْلَ فَكِلْ »[1] . وإن ارْتَهَنَ الصُّبْرَةَ جُزَافًا ، أو كان ثِيَابًا أو حَيَوَانًا ، فقَبْضُه نَقْلُه ؛ لقولِ ابن عمرَ : كنا نَشْتَرِى الطَّعَامَ من الرُّكْبَانِ جُزَافًا . فنَهَانَا النَّبِىُّ ﷺ أن نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ[2] مِن مَكَانِه . مُتَّفَقٌ عليه[3] . وإن كان الرَّهْنُ غيرَ مَنْقُولٍ ، كالعَقَارِ والثَّمَرَةِ على الشَّجَرَةِ ، فقَبْضُه التَّخْلِيَةُ بين مُرْتَهِنِه وبينه مِن غيرِ حَائِلٍ ، بأن يَفْتَحَ له بابَ الدَّارِ ، أو يُسَلِّمَ[4] إليه مِفْتَاحَهَا . وإن خَلَّى بينه وبينَها وفيها قُمَاشٌ لِلرَّاهِنِ ، صَحَّ التَّسْلِيمُ ؛ لأنَّ اتِّصَالَها بِمِلْكِ الرَّاهِنِ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسْلِيمِ ، كالثَّمَرَةِ فى الشَّجَرَةِ . وكذلك لو رَهَنَهُ دَابَّةً عليها حِمْلٌ للرَّاهِنِ ، فسَلَّمَها إليه ، صَحَّ التَّسْلِيمُ . ولو رَهَنَ الحِمْلَ وهو على الدَّابَّةِ ، وسَلَّمَها إليه

٢٧/٤ و

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٧ .

(٢) فى م : « نقله » . خطأ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٣ .

(٤) فى الأصل : « ويسلم » .

بِحِمْلِهَا ، صَحَّ القَبْضُ ؛ لأنَّ القَبْضَ حَصَلَ فيهما جميعا ، فيكونُ مَوْجُودًا فى الرَّهْنِ منهما .

فصل : وإن رَهَنَهُ سَهْمًا مُشَاعًا مِمَّا لا يُنْقَلُ ، خَلَّى بَيْنَه وبينَه ، سواءٌ حَضَرَ الشَّرِيكُ أو لم يَحْضُرْ . وإن كان مَنْقولًا كالجَوْهَرَةِ يَرْهَنُ نِصْفَها ، فَقَبْضُها تَنَاوُلُها ، ولا يُمْكِنُ تَنَاوُلُها إلا بِرِضَا الشَّرِيكِ ، فإن رَضِيَ الشَّرِيكُ ، تَنَاوَلَها ، وإن امْتَنَعَ الشَّرِيكُ ، فَرَضِيَ المُرْتَهِنُ والرَّاهِنُ بِكَوْنِها فى يَدِ الشَّرِيكِ ، جازَ ، ونَابَ عنه فى القَبْضِ ، وإن تَنَازَعَ الشَّرِيكُ والمُرْتَهِنُ ، نَصَّبَ الحَاكِمُ عَدْلًا تكونُ فى يَدِه لهما وإن نَاوَلَها الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ بغير رِضَا الشَّرِيكِ فتَنَاوَلَها ، فإن قُلْنا : اسْتِدَامَةُ القَبْضِ شَرْطٌ . لم يَكْفِه ذلك التَّنَاوُلُ . وإن قُلْنا : ليس بِشَرْطٍ . فقد حَصَلَ القَبْضُ ؛ لأنَّ الرَّهْنَ حَصَلَ فى يَدِه مع التَّعَدِّى فى غيرِه ، فأشْبَه ما لو رَهَنَهُ ثَوْبًا فسَلَّمَهُ إليه مع ثَوْبٍ لغيره ، فتَنَاوَلَهُما معا . ولو رَهَنَهُ ثَوْبًا ، فاشْتَبَه عليه بغيرِه ، فسَلَّمَ إليه أحَدَهما ، لم يَثْبُت القَبْضُ ؛ لأنَّه لا يَعْلَمُ أنَّه أقْبَضَهُ الرَّهْنَ ، فإن تَبَيَّنَ أنَّه الرَّهْنُ ، تَبَيَّنَ صِحَّةُ التَّسْلِيمِ . وإن سَلَّمَ إليه الثَّوْبَيْنِ معا ، حَصَلَ القَبْضُ ؛ لأنَّه قد تَسَلَّمَ الرَّهْنَ يَقِينًا .

فصل : ولو رَهَنَهُ دَارًا ، فخَلَّى بَيْنَه وبَيْنَها وهما فيها ، ثم خَرَجَ الرَّاهِنُ ، صَحَّ القَبْضُ . / وبهذا قال (٥الشَّافِعِىُّ . وقال٥) أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ حتى يُخَلِّىَ بينه وبينها بعد خُرُوجِه منها ؛ لأنَّه ما كان فى الدَّارِ فيَدُه عليها ، فما حَصَلَتِ التَّخْلِيَةُ . ولَنا ، أنَّ التَّخْلِيَةَ تَصِحُّ بقولِه مع التَّمَكُّنِ[٦] منها وعَدَمِ المانِعِ ، فأشْبَهَ ما لو كانا خارِجَيْنِ عنها ، ولا يَصِحُّ ما ذَكَرَهُ ، ألا تَرَى أنَّ خُرُوجَ المُرْتَهِنِ منها لا يُزِيلُ يَدَهُ عنها ، ودُخُولَهُ إلى دَارِ غيرِه لا يُثْبِتُ يَدَه عليها ، ولأنه بِخُرُوجِه عنها مُحَقِّقٌ لِقَوْلِه ، فلا مَعْنَى لإعَادَةِ التَّخْلِيَةِ .

٢٧/٤ ظ

(٥ - ٥) سقط من : ا .

(٦) فى ا ، م : « التمكين » .

فصل : وإن رَهَنَهُ مالًا له فى يَدِ المُرْتَهِنِ ؛ عَارِيَّةً أو وَدِيعَةً أو غَصْبًا أو نحوَه ، صَحَّ الرَّهْنُ ؛ لأنه مالِكٌ له يُمْكِنُ قَبْضُه ، فصَحَّ رَهْنُه ، كما لو كان فى يَدِه . وظَاهِرُ كلامِ أحمد لُزُومُ الرَّهْنِ بنَفْسِ العَقْدِ ، من غير احْتِياجٍ إلى أَمْرٍ زَائِدٍ ، فإنَّه قال : إذا حَصَلَتِ الوَدِيعَةُ فى يَدِه بعد الرَّهْنِ ، فهو رَهْنٌ . فلم يَعْتَبِرْ أمْرًا زَائِدًا ؛ وذلك لأنَّ اليَدَ ثَابِتَةٌ ، والقَبْضُ حَاصِلٌ . وإنَّما يَتَغَيَّرُ الحُكْمُ لا غيرُ ، ويُمْكِنُ تَغَيُّرُ الحُكْمِ مع اسْتِدَامَةِ القَبْضِ . كما لو طُولِبَ بالوَدِيعَةِ فجَحَدَها لِتَغَيُّرِ[7] الحُكْمِ ، وصَارَتْ مَضْمُونَةً عليه من غيرِ أمْرٍ زَائِدٍ . ولو عَادَ الجاحِدُ ، فأقَرَّ بها ، وقال لِصَاحِبِها : خُذْ وَدِيعَتَكَ . فقال : دَعْهَا عِنْدَكَ وَدِيعَةً كما كانت ، ولا ضَمَانَ عليك فيها . لتَغَيَّرَ الحُكْمُ من غيرِ حُدُوثِ أمْرٍ زَائِدٍ . وقال القاضِى وأصْحابُ الشَّافِعِىِّ : لا يَصِيرُ رَهْنًا حتى تَمْضِىَ مُدَّةٌ يَتَأَتَّى قَبْضُه فيها ، فإن كان مَنْقُولًا فبِمُضِىِّ مُدَّةٍ يُمْكِنُ نَقْلُه فيها ، وإن كان مَكِيلًا فبِمُضِىِّ مُدَّةٍ يُمْكِنُ اكْتِيَالُه فيها ، وإن كان غيرَ مَنْقُولٍ فبِمُضِىِّ مُدَّةِ التَّخْلِيَةِ ، وإن كان غَائِبًا عن المُرْتَهِنِ لم يَصِرْ مَقْبُوضًا حتى يُوَافِيَهُ هو أو وَكِيلُه ، ثم تَمْضِى مُدَّةٌ يُمْكِنُ قَبْضُه فيها ؛ لأنَّ العَقْدَ يَفْتَقِرُ إلى القَبْضِ ، والقَبْضُ إنَّما يَحْصُلُ بِفِعلِه أو بإمْكَانِه ، ويَكْفِى ذلك ، ولا يَحْتَاجُ إلى وُجُودِ حَقِيقَةِ القَبْضِ ، لأنَّه مَقْبُوضٌ حَقِيقَةً . فإن تَلِفَ قبل مُضِىِّ مُدَّةٍ يَتَأَتَّى قَبْضُه فيها ، فهو كتَلَفِ الرَّهْنِ قبل القَبْضِ[8] . ثم هل يَفْتَقِرُ إلى الإِذْنِ من الرَّاهِنِ فى القَبْضِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ : أحدَهما ، يَفْتَقِرُ ، لأنَّه قَبْضٌ يَلْزَمُ به عَقْدٌ غير لازِمٍ ، فلم يَحْصُلْ بغيرِ إذْنٍ ، كما لو كان فى يَدِ الرَّاهِنِ ، وإقْرَارُه فى يَدِه لا يَكْفِى ، كما لو أقَرَّ المَغْصُوبَ فى يَدِ غَاصِبِه مع إمْكَانِ أخْذِه منه . والثانى ، لا يَفْتَقِرُ إلى / إذْنٍ فى القَبْضِ ؛ لأنَّ إقْرَارَهُ له[9] فى يَدِه بمَنْزِلَةِ إذْنِه فى القَبْضِ . فإن أذِنَ له فى القَبْضِ ، ثم رَجَعَ عنه قبل مُضِىِّ مُدَّةٍ

٢٨/٤ و

---

(٧) فى الأصل : « لغير » .

(٨) فى ا ، م : « قبضه » .

(٩) سقط من : الأصل .

يَتَأَتَّى القَبْضُ فيها ، لم يَلْزَم الرَّهْنُ . حتى يَعُودَ فيَأْذَن ، ثم تَمْضِى مُدَّة يَقْبِضُه فى مِثْلِها .

فصل : وإذا رَهَنَهُ المَضْمُونَ ، كالمَغْصُوبِ والعَارِيَّةِ والمَقْبُوضِ فى بَيْعٍ فَاسِدٍ ، أو على تَوَجُّهِ السَّوْمِ . صَحَّ ، وزَالَ الضَّمَانُ . وبهذا قال مالِكٌ وأبو حَنِيفَةَ ، وقال الشَّافِعِىُّ : لا يَزُولُ الضَّمَانُ ، ويَثْبُتُ فيه حُكْمُ الرَّهْنِ ، والحُكْمُ الذى كان ثَابتًا فيه يَبْقَى بحَالِه ؛ لأنَّه لا تَنَافِىَ بَيْنَهُما ، بِدَلِيلِ أنه لو تَعَدَّى فى الرَّهْنِ صَارَ مَضْمُونًا ضَمَانَ الغَصْبِ . وهو رَهْنٌ كما كان ، فكذلك ابْتِداؤُه ، لأنَّه أحَدُ حالَتِي الرَّهْنِ . ولَنا ، أنَّه مَأْذُونٌ له فى إمْسَاكِه رَهْنًا لم يَتَجدَّدْ منه فيه عُدْوَانٌ ، فلم يَضْمَنْه ، كما لو قَبَضَه منه ثم أَقْبَضَهُ إيَّاهُ ، أو أبْرَأَهُ من ضَمَانِه . وقولُهم : لا تَنافِىَ بَيْنَهُما . مَمْنُوعٌ ؛ فإنَّ الغَاصِبَ يَدُه عَادِيَةٌ يَجِبُ عليه إزَالَتُها ، ويَد المُرْتَهِنِ مُحِقَّةٌ جَعَلَهَا الشَّرْعُ له ، ويَدُ المُرْتَهِنِ يَدُ أمَانَةٍ . ويَدُ الغَاصِبِ والمُسْتَعِيرِ ونحوهما يَدٌ ضَامِنَةٌ ، وهذان مُتَنَافِيَانِ . ولأنَّ السَّبَبَ المُقْتَضِىَ لِلضَّمَانِ زالَ ، فزَالَ الضَّمانُ لِزَوَالِه ، كما لو رَدَّهُ إلى مالِكِه ، وذلك لأنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ الغَصْبُ أو العَارِيَّةُ[10] ونحوُهما ، وهذا لم يَبْقَ غَاصِبًا ولا مُسْتَعِيرًا ، ولا يَبْقَى الحُكْمُ مع زَوَالِ سَبَبه وحُدُوثِ سَبَبٍ يُخَالِفُ حُكْمُه حُكْمَه ، وأمَّا إذا تَعَدَّى فى الرَّهْنِ ، فإنَّه يَلْزَمُه الضَّمَانُ ، لِعُدْوَانِه ، لا لِكَوْنِه غَاصِبًا ولا مُسْتَعِيرًا ، وهٰهُنا قد زَالَ سَبَبُ الضَّمَانِ ، ولم يَحْدُثْ ما يُوجِبُه ، فلم يَثْبُتْ .

فصل : ويجوزُ أن يُوَكِّلَ فى قَبْضِ الرَّهْنِ ، ويَقُومُ قَبْضُ وَكِيلِه مَقَامَ قَبْضِه ، فى لُزُومِ الرَّهْنِ وسَائِرِ أحْكَامِه . وإن وَكَّلَ المُرْتَهِنُ الرَّاهِنَ فى قَبْضِ الرَّهْنِ له من نَفْسِه ، لم يَصِحَّ ، ولم يَكُنْ ذلك قَبْضًا ؛ لأنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ لِيَسْتَوْفِىَ الحَقَّ منه عند تَعَذُّرِ اسْتِيفَائِه من الرَّاهِنِ ، فإذا كان فى يَدِ الرَّاهِنِ لم يَحْصُلْ مَعْنَى الوَثِيقَةِ ، وقد ذَكَرْنَا فى البَيْعِ ، أن المُشْتَرِىَ لو دَفَعَ إلى البَائِعِ غِرَارَةً ، وقال : كِلْ لى[11] حَقِّى فى هذه . فَفَعلَ ، كان ذلك قَبْضًا . فيُخَرَّجُ هٰهُنا كذلك .

---

(١٠) فى م : « والعارية » .

(١١) سقط من : ا ، م .

فصل : وإذا أقَرَّ الرَّاهِنُ بِتَقْبِيضِ الرَّهْنِ ، أو أقَرَّ المُرْتَهِنُ بِقَبْضِه ، كان ذلك مَقْبُولًا / فيما يمكنُ صِدْقُهما فيه . وإن أقَرَّ الرَّاهِنُ بالتَّقْبِيضِ[12] ، ثم أنْكَرَ[13] ، وقال : أقْرَرْتُ بذلك ولم أكن قَبَّضْتُ شيئا . أو أقَرَّ المُرْتَهِنُ بالقَبْضِ ، ثم أنْكَرَ ، فالقولُ قولُ المُقِرِّ له ، فإن طَلَبَ المُنْكِرُ يَمِينَه ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، لا يَلْزَمُه يَمِينٌ ؛ لأنَّ الإقْرَارَ أقْوَى من البَيِّنَةِ ، ولو قَامَتِ البَيِّنَةُ بذلك وطَلَبَ المَشْهُودُ عليه يَمِينَ خَصْمِه لم يُقْبَلْ منه ، فكذلك الإقْرَارُ . والثانى ، يَلْزَمُه اليَمِينُ . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ فى مَنْصُوصِه ؛ لأنَّ العادَةَ جَارِيَةٌ بأنَّ الإنْسَانَ يَشْهَدُ على نَفسِه بالقَبْضِ قبلَه ، فَتُسْمَعُ دَعْوَاهُ ، ويَلْزَمُ خَصْمَهُ اليَمِينُ ، لما ذَكَرْنَا من حُكْمِ العَادَةِ ، وهذا أجْوَدُ . ويُفَارِقُ البَيِّنَةَ ، فإنَّها لا تَشهَدُ بالحَقِّ قبلَه ، ولو فَعَلَتْ ذلك لم تكنْ بَيِّنَةً عَادِلَةً . وقال القاضى : إن كان المُقِرُّ غائِبًا ، فقال : أقْرَرْتُ لأنَّ وَكِيلِى كَتَبَ إلَىَّ بذلك ، ثم بَانَ لى خِلَافُه . سَمِعْنَا قَوْلَه ، وأحْلَفْنَا خَصْمَهُ . وإن أقَرَّ أنه بَاشَرَ ذلك بِنَفْسِه ، ثم عادَ فأكْذَبَ نَفْسَه ، لم يُحْلَفْ خَصْمُه . وهذا قولُ بعضِ أصْحَابِ الشَّافِعِىِّ ، فأمَّا إن اخْتَلَفَا فى القَبْضِ ، فقال المُرْتَهِنُ : قَبَّضْتُه . وأنْكَرَ الرَّاهِنُ ، فالقولُ قولُ مَن هو فى يَدِه ؛ لأنَّه إن كان فى يَدِ الرَّاهِنِ فالأصْلُ معه ، وهو عَدَمُ الإقْبَاضِ ، ولم يُوجَدْ ما يَدُلُّ على خِلَافِهِ ، وإن كان فى يَدِ المُرْتَهِنِ ، فقد وُجِدَ القَبْضُ ، لِكَوْنِه لا يَحْصُلُ فى يَدِه إلَّا بعد قَبْضِه . وإن اخْتَلَفَا فى الإذْنِ ، فقال الرَّاهِنُ : أخَذْتَهُ بغيرِ إذْنِى . قال : بل بإذْنِكَ . وهو فى يَدِ المُرْتَهِنِ ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ معه ، فإن العَقْدَ قد وُجِدَ ، ويَدُهُ تَدُلُّ على أنَّه بِحَقٍّ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ القَوْلُ قولَ الرَّاهِنِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الإذْنِ . وهذا مَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ . ذَكَرَ القاضى هذَيْنِ الوَجْهَيْنِ .

فصل : وإذا رَهَنَهُ عَيْنَيْنِ ، فتَلِفَتْ إحْدَاهُما قبلَ قَبْضِها ، انْفَسَخَ العَقْدُ فيها دون البَاقِيَةِ ؛ لأنَّ العَقْدَ كان صَحِيحًا فيهما ، وإنَّما طَرَأَ انْفِسَاخُ العَقْدِ فى إحْدَاهما ، فلم

(١٢) فى الأصل : « بالقبض » .

(١٣) فى م : « أنكره » .

يُؤَثِّرُ ، كما لو اشْتَرَى شَيْئَيْنِ ، (١٤ثم رَدَّ١٤) أَحَدَهُما بِعَيْبٍ أو خِيَارٍ أو إقَالَةٍ ، والرَّاهِنُ مُخَيَّرٌ بين إقْبَاضِ البَاقِيَةِ وبين مَنْعِهَا . وإن كان التَّلَفُ بعد قَبْضِ الأُخْرَى ، فقد لَزِمَ الرَّهْنُ فيها ، فإن كان الرَّهْنُ مَشْرُوطًا فى بَيْعٍ ثَبَتَ للبَائِعِ الخِيَارُ ؛ لِتَعَذُّرِ الرَّهْنِ بِكَمَالِه ، فإن رَضِىَ لم يكُنْ له المُطَالَبَةُ بِبَدَلِ التَّالِفَةِ ؛ لأنَّ الرَّهْنَ لم يَلْزَمْ فيها ، وتكونُ / المَقْبُوضَةُ رَهْنًا بجَمِيعِ الثَّمَنِ . ولو تَلِفَتْ إحْدَى العَيْنَيْنِ بعد القَبْضِ ، فلا خِيَارَ للبَائِعِ ؛ لأنَّ الرَّهْنَ لو تَلِفَ كلُّه لم يَكُنْ له خِيَارٌ ، فإذا تَلِفَ بعضُه أَوْلَى . ثم إن كان تَلَفُها بعدَ قَبْضِ العَيْنِ الأُخْرَى ، فقد لَزِمَ الرَّهْنُ فيها ، وإن كان قبلَ قَبْضِ الأُخْرَى ، فالرَّاهِنُ مُخَيَّرٌ بين إقْبَاضِهَا وبين تَرْكِه ، فإن امْتَنَعَ من تَقْبِيضِها ، ثَبَتَ للبَائِعِ الخِيَارُ ، كما لو لم تَتْلَفِ الأُخْرَى .

٢٩/٤ و

فصل : وإن رَهَنَهُ دارًا ، فانْهَدَمَتْ قبلَ قَبْضِها ، لم يَنْفَسِخْ عَقْدُ الرَّهْنِ ؛ لأنَّ مَالِيَّتَها لم تَذْهَبْ بالكُلِّيَّةِ ، فإنَّ عَرْصَتَها وأَنْقَاضَها بَاقِيَةٌ ، ويَثْبُتُ لِلْمُرْتَهِنِ الخِيَارُ إن كان الرَّهْنُ مَشْرُوطًا فى بَيْعٍ ؛ لأنها تَعَيَّبَتْ ونَقَصَتْ قِيمَتُها . فإن قِيلَ : فلِمَ لا يَنْفَسِخُ عَقْدُ الرَّهْنِ كما تَنْفَسِخُ الإجَارَةُ ؟ قُلْنَا : الإجَارَةُ عَقْدٌ على مَنْفَعَةِ السُّكْنَى ، وقد تَعَذَّرَتْ وعَدِمَتْ ، فبَطَلَ العَقْدُ لِعَدَمِ المَعْقُودِ عليه ، والرَّهْنُ عقدُ اسْتِيثَاقٍ يَتَعلَّقُ بالأَعْيَانِ التى فيها المَالِيَّةُ ، وهى بَاقِيَةٌ . فعلَى هذا تكون العَرْصَةُ والأَنْقَاضُ من الأَخْشَابِ والأَحْجَارِ ونحوِهما من الرَّهْنِ ؛ لأنَّ العَقْدَ وَرَدَ على جَمِيعِ الأَعْيَانِ والأَنْقَاضُ منها ، وما دَخَلَ فى العَقْدِ اسْتَقَرَّ بالقَبْضِ .

فصل : وكلُّ عَيْنٍ جازَ بَيْعُها جَازَ رَهْنُها ؛ لأنَّ مَقْصُودَ الرَّهْنِ الاسْتِيثاقُ بالدَّيْنِ لِلتَّوَصُّلِ إلى اسْتِيفَائِه من ثَمَنِ الرَّهْنِ إن تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُه من ذِمَّةِ الرَّاهِنِ ، وهذا يَتَحَقَّقُ فى كلِّ عَيْنٍ جَازَ بَيْعُها ، ولأنَّ ما كان مَحَلًّا لِلْبَيْعِ كان مَحَلًّا لحِكْمَةِ الرَّهْنِ ، ومَحَلُّ الشَّىْءِ مَحَلُّ حِكْمَتِه(١٥) ، إلَّا أن يَمْنَعَ مانِعٌ من ثُبُوتِه ، أو يَفُوتَ شَرْطٌ ، فَيَنْتَفِى

(١٤ - ١٤) فى الأصل : « فرد » .

(١٥) فى م : « لحكمته » .

الحُكْمُ لِانْتِفَائِه ، فيَصِحُّ رَهْنُ المُشَاعِ لذلك . وبه قال ابنُ أبى لَيْلَى ، ومالِكٌ ، والبَتِّىُّ[16] ، والأَوْزَاعِىُّ ، وسَوَّارٌ[17] ، والْعَنْبَرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال أصْحَابُ الرَّأْىِ : لا يَصِحُّ رَهْنُه ، إلَّا أن يَرْهَنَه من شَرِيكِه ، أو يَرْهَنَها الشَّرِيكَانِ من رَجُلٍ واحِدٍ ، أو يَرْهَنَ رَجُلًا دَارَه من رَجُلَيْنِ ، فيَقْبِضَانِها معًا ؛ لأنَّه عَقْدٌ تَخَلَّفَ عنه مَقْصُودُه لِمَعْنًى اتَّصَلَ به ، فلم يَصِحَّ ، كما لو تَزَوَّجَ أُخْتَه من الرَّضَاعِ ، بَيانُه أنَّ مَقْصُودَه الحَبْسُ الدَّائِمُ ، والمُشَاعُ لا يُمْكِنُ المُرْتَهِنُ حَبْسَهُ ، لأنَّ شَرِيكَه يَنْتَزِعُه يومَ نَوْبَتِه ، ولأن اسْتِدَامَةَ القَبْضِ شَرْطٌ ، وهذا يَسْتَحِق زَوَالَ اليَدِ عنه لِمَعْنًى قَارَنَ العَقْدَ ، فلم يَصِحَّ رَهْنُه كالمَغْصُوبِ . / ولَنا ، أنَّها عَيْنٌ يجوزُ بَيْعُها فى مَحلِّ الحَقِّ ، فيَصِحُّ[18] رَهْنُها كالمُفْرَزَةِ . ولا نُسَلِّمُ أن مَقْصُودَه الحَبْسُ ، بل مَقْصُودُه اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ من ثَمَنِه عندَ تَعَذُّرِه من غيرِه ، والمُشَاعُ قابِلٌ لذلك ، ثم يَبْطُلُ ما ذَكَرُوهُ بِرَهْنِ القَاتِلِ والمُرْتَدِّ والمَغْصُوبِ ، وَرَهْنِ مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه من غيرِ وِلَايَةٍ ، فإنَّه يَصِحُّ عندَهم .

٢٩/٤ ظ

فصل : ويَصِحُّ أن يَرْهَنَ بعضَ نَصِيبِه من المُشَاعِ ، كما يَصِحُّ أن يَرْهَنَ جَمِيعَه ، سواءٌ رَهَنَه مُشَاعًا فى نَصِيبِه ، مثلَ أن يَرْهَنَ نِصْفَ نَصِيبِه ، أو يَرْهَنَ نَصِيبَه من مُعَيَّنٍ ، مثلَ أن يكونَ له نِصْفُ دَارٍ فيَرْهَنَ نَصِيبَه من بَيْتٍ منها بعَيْنِه . وقال القاضِى : يَحْتَمِلُ أنْ لا يَصِحَّ رَهْنُ حِصَّتِه من مُعَيَّنٍ من شىءٍ تمكنُ قِسْمَتُه ، لِاحْتِمَالِ أن يَقْتَسِمَ الشَّرِيكَانِ ، فيَحْصُلُ الرَّهْنُ فى حِصَّةِ شَرِيكِه . ولَنا ، أنَّه يَصِحُّ بَيْعُه ، فصَحَّ رَهْنُه كغيرِه ، وما ذَكَرَهُ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الرَّاهِنَ مَمْنُوعٌ من التَّصَرُّفِ فى الرَّهْنِ بما يَضُرُّ بالمُرْتَهِنِ ، فيُمْنَعُ من القِسْمَةِ المُضِرَّةِ ، كما يُمْنَعُ من بَيْعِه .

فصل : ويَصِحُّ رَهْنُ المُرْتَدِّ والقَاتِلِ فى المُحَارَبَةِ والجَانِى ، سواءٌ كانت جِنَايَتُه عَمْدًا أو خَطأً على النَّفْسِ وما دُونَها . وقال القاضِى : لا يَصِحُّ رَهْنُ القَاتِلِ فى

---

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) سوار بن عبد الله القاضى ، من فقهاء التابعين بالبصرة . توفى سنة خمس وأربعين ومائتين . طبقات الفقهاء ، للشيرازى ٩١ ، العبر ٤٤٤/١ .

(١٨) فى ا : « فصح » .

الْمحَارَبَةِ ، واخْتَارَ أبو بكرٍ أنَّه لا يَصِحُّ رَهْنُ الجانِى . وهو مَذْهَبُ الشَّافِعِىّ . ومَبْنَى الخِلَافِ فى هذا على الخِلَافِ فى بَيْعِه ، وقد سَبَقَ الكَلَامُ فيه فى مَوْضِعِه . ثم إن كان المُرْتَهِنُ عَالِمًا بحَالِه ، فلا خِيَارَ له ؛ لأنَّه دَخَلَ على بَصِيرَةٍ ، فأشْبَه المُشْتَرِىَ إذا عَلِمَ العَيْبَ ، وإن لم يكُنْ عَالِمًا ، ثم عَلِمَ بعد إسْلَامِ المُرْتَدِّ وفِدَاءِ الجانِى ، فكذلك ؛ لأنَّ العَيْبَ زَالَ ، فهو كما لو زَالَ عَيْبُ المَبِيعِ . وإن عَلِمَ قبلَ ذلك ، فله رَدُّه وفَسْخُ البَيْعِ إن كان مَشْرُوطًا فى عَقْدِ بَيْعٍ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ اقْتَضَاهُ سَلِيمًا ، فإذا سُلِّمَ إليه مَعِيبًا ، مَلَكَ الفَسْخَ ، كالبَيْعِ ، وإن اخْتَارَ إمْسَاكَه ، فليس له أَرْشٌ ولا شىءٌ ؛ لأنَّ الرَّهْنَ بجُمْلَتِه لو تَلِفَ[19] قبلَ قَبْضِه ، لم يَمْلِكْ بَدَلَه ، فبعضُه أَوْلَى . وكذلك لو لم يَعْلَمْ حتى قُتِلَ العَبْدُ بالرِّدَّةِ أو القِصَاصِ ، أو أُخِذَ فى الجِنَايَةِ ، فلا أَرْشَ لِلْمُرْتَهِنِ . وذَكَرَ القاضى أنَّ قِيَاسَ المَذْهَبِ أنَّ له الأَرْشَ فى هذه المَوَاضِعِ ، قِيَاسًا على البَيْعِ . وليس الأمْرُ كذلك ؛ فإنَّ المَبِيعَ عِوَضٌ عن الثَّمَنِ ، فإذا فَاتَ بعضُه ، رَجَعَ بما يُقَابِلُهُ من الثَّمَنِ ، ولو فَاتَ كله ، مثلَ أن يَتْلَفَ المَبِيعُ[20] قبلَ قَبْضِه ، / رَجَعَ بالثَّمَنِ كلِّه ، والرَّهْنُ ليس بِعِوَضٍ . ولو تَلِفَ كلُّه قبلَ القَبْضِ ، لما اسْتَحَقَّ الرُّجُوعَ بشىءٍ ، فكيف يَسْتَحِقُّ الرُّجُوعَ بِبَدَلِ عَيْنِه[21] أو فَواتِ بَعْضِه ؟ وإن امْتَنَعَ السَّيِّدُ من فِدَاءِ الجانِى ، لم يُجْبَرْ ، ويُبَاعُ فى الجِنَايَةِ ؛ لأنَّ حَقَّ المَجْنِى عليه مُقَدَّمٌ على الرَّهْنِ ، فأشْبَهَ ما لو حَدَثَتِ الجِنَايَةُ بعد الرَّهْنِ . فعلَى هذا إن اسْتَغْرَقَ الأَرْشُ[22] قِيمَتَه ، بِيعَ وبَطَلَ الرَّهْنُ ، وإن لم يَسْتَغْرِقْها ، بِيعَ منه بِقَدْرِ الأَرْشِ ، والباقِى رَهْنٌ .

فصل : ويَصِحُّ رَهْنُ المُدَبَّرِ ، فى ظَاهِرِ المَذْهَبِ ، بِنَاءً على جَوَازِ بَيْعِه . ومَنَعَ منه أبو حنيفةَ والشَّافِعِىُّ ؛ لأنَّه عَلَّقَ عِتْقَهُ بِصِفَةٍ ، أشْبَه ما لو عَلَّقَ عِتْقَهُ بِصِفَةٍ تُوجَدُ

---

(١٩) فى ا : « ثبت » .

(٢٠) فى الأصل ، ا : « المكيل » .

(٢١) فى م : « غيبه » . والنقط غير واضح فى الأصل ، ا . ولعل ما أثبتناه الصواب .

(٢٢) فى م : « بالأرش » .

قبلَ حُلُولِ الحَقِّ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ يُقْصَدُ منه (٢٣اسْتِيفَاءُ الحَقِّ من العَيْنِ ، أشْبَهَ الإجارَةَ . ولأنَّه عَلَّقَ عِتْقَهُ بِصِفَةٍ لا تَمْنَعُ(٢٣) اسْتِيفَاءَ الحَقِّ ، أشْبَهَ ما لو عَلَّقَهُ بِصِفَةٍ تُوجَدُ بعدَ حُلُولِ الحَقِّ . وما ذَكَرُوه يَنْتَقِضُ بهذا الأَصْلِ ، ويُفَارِقُ التَّدْبِيرُ التَّعْلِيقَ بِصِفَةٍ تَحِلُّ قبلَ حُلُولِ الدَّيْنِ ؛ لأنَّ الرَّهْنَ لا يَمْنَعُ عِتْقَهُ بالصِّفَةِ ، فإذا عَتَقَ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ منه ، فلا يَحْصُلُ المَقْصُودُ ، والدَّيْنُ فى المُدَبَّرِ يَمْنَعُ عِتْقَهُ بالتَّدْبِيرِ ، ويُقَدَّمُ عليه ، فلا يَمْنَعُ حُصُولَ المَقْصُودِ . والحُكْمُ فيما إذا عُلِمَ التَّدْبِيرُ أو لم يُعْلَمْ ، كالحُكْمِ فى العَبْدِ الجَانِى ، على ما فُصِّلَ فيه . ومتى مَاتَ السَّيِّدُ قبلَ الوَفَاءِ ، فعَتَقَ المُدَبَّرُ ، بَطَلَ الرَّهْنُ ، وإن عَتَقَ بعضُه ، بَقِىَ الرَّهْنُ فيما بَقِىَ . وإن لم يَكُنْ لِلسَّيِّدِ مالٌ يَفْضُلُ عن وَفَاءِ الدَّيْنِ ، بِيعَ المُدَبَّرُ فى الدَّيْنِ ، وبَطَلَ التَّدْبِيرُ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ على التَّدْبِيرِ ، ولا يَبْطُلُ الرَّهْنُ . وإن كان الدَّيْنُ لا يَسْتَغْرِقُه ، بِيعَ منه بِقَدْرِ الدَّيْنِ ، وعَتَقَ منه ثُلُث الباقِى ، وما بَقِىَ لِلْوَرَثَةِ .

فصل : فأمَّا المُكَاتَبُ ، فالصَّحِيحُ أنَّه لا يَصِحُّ رَهْنُه . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ اسْتِدَامَةَ القَبْضِ فى الرَّهْنِ شَرْطٌ فى الصَّحِيحِ ، ولا يُمْكِنُ ذلك فى المُكاتَبِ . وقال القاضى : قِيَاسُ المَذْهَبِ صِحَّةُ رَهْنِه . وهو مذهبُ مَالِكٍ ؛ لأنَّه يجوزُ بَيْعُه وإيفَاءُ الدَّيْنِ من ثَمَنِه . فعلى هذا يكونُ ما يُؤَدِّيه مِن نُجُوم كِتَابَتِه رَهْنًا معه ، فإنْ عَجَزَ ثَبَتَ الرَّهْنُ فيه وفى اكْتِسَابِه ، وإن عَتَقَ كان ما أدَّاهُ مِن نُجُومِه رَهْنًا ، بمَنْزِلَةِ ما لو كَسَبَ العبدُ القِنُّ ، ثم ماتَ .

فصل : وأمَّا مَن عُلِّقَ عِتْقُه بصِفَةٍ تَحِلُّ قبلَ حُلُولِ الحَقِّ ، كمَن عُلِّقَ عِتْقُه بهِلَالِ رمضانَ / ، ومَحَلُّ الحَقِّ آخِرُه ، لم يَصِحَّ رَهْنُه ؛ لكَوْنِه لا يُمْكِنُ بَيْعُه عندَ حُلُولِ الحَقِّ(٢٤) ، ولا اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ من ثَمَنِه . وإن كان الدَّيْنُ يَحِلُّ قبلَها ، مثلُ أن يُعَلَّقَ

٤/٣٠ ظ

(٢٣ – ٢٣) سقط من : ا .

(٢٤) فى ا : « الأجل » .

عِتْقُه بآخِرِ رمضانَ ، والحقُّ يَحِلُّ فى أوَّلِهِ ، صَحَّ رَهْنُه ؛ لإمْكانِ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ من ثَمَنِه . فإن كانت تَحْتَمِلُ الأمْرَيْنِ ، كقُدُومِ زَيْدٍ ، فقِيَاسُ المَذْهَبِ صِحَّةُ رَهْنِه ؛ لأنَّه فى الحالِ مَحلٌّ لِلرَّهْنِ يُمْكِنُ أن يَبْقَى حتى يَسْتَوْفِىَ الدَّيْنَ مِن ثَمَنِه ، فَصَحَّ رَهْنُه ، كالمَرِيضِ والمُدَبَّرِ . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ رَضِىَ اللهُ عنه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ رَهْنُه ؛ لأنَّ فيه غَرَرًا ، إذ يَحْتَمِلُ أن يَعْتِقَ قبلَ حُلُولِ الحَقِّ ، ولأصْحابِ الشَّافِعِىِّ فيه اخْتِلَافٌ على نحوِ ما ذَكَرْنَا .

فصل : ويجوزُ رَهْنُ الجارِيَةِ دُونَ وَلَدِها ، وَرَهْنُ وَلَدِهَا دُونَها ؛ لأنَّ الرَّهْنَ لا يُزِيلُ المِلْكَ ، فلا يَحْصُلُ بذلك تَفْرِقَةٌ ، ولأنَّه يُمْكِنُ تَسْلِيمُ الوَلَدِ مع أُمِّهِ ، والأُمِّ مع وَلَدِهَا ، فإن دَعَتِ الحاجَةُ إلى بَيْعِهَا فى الدَّيْنِ ، بِيعَ وَلَدُها معها ؛ لأنَّ الجَمْعَ فى العَقْدِ مُمْكِنٌ ، والتَّفْرِيقَ بينهما حَرَامٌ ، فوَجَبَ بَيْعُه معها . فإذا بِيعَا معًا ، تَعَلَّقَ حَقُّ المُرْتَهِنِ من ذلك بِقَدْرِ قِيمَةِ الجَارِيَةِ من الثَّمَنِ ، فإذا كانت قِيمَتُها مائةً ، مع أنَّها ذَاتُ وَلَدٍ ، وقِيمَةُ الوَلَدِ خَمْسُونَ ، فَحِصَّتُها ثُلُثَا الثَّمَنِ . وإن لم يَعْلَم المُرْتَهِنُ بالوَلَدِ ، ثم عَلِمَ ، فله الخِيَارُ فى الرَّدِّ والإمْسَاكِ ؛ لأنَّ الوَلَدَ عَيْبٌ فيها ، لِكَوْنِه لا يُمْكِنُ بَيْعُها بدونه ، فإن أمْسَكَ ، فهو كما لو عَلِمَ حالَ العَقْدِ ، ولا شىءَ له غيرُها ، وإن رَدَّهَا فله فَسْخُ البَيْعِ ، إن كانت مَشْرُوطَةً فيه .

فصل : ويَصِحُّ رَهْنُ ما يُسْرِعُ إليه الفَسادُ ، سواءٌ كان ممَّا يُمْكِنُ إصْلَاحُه بالتَّجْفِيفِ ، كالعِنَبِ والرُّطَبِ ، أو لا يُمْكِنُ ، كالبِطِّيخِ والطَّبِيخِ . ثم إن كان ممَّا يُجَفَّفُ ، فعلَى الرَّاهِنِ تَجْفِيفُه ؛ لأنَّه مِن مُؤْنَةِ حِفْظِه وتَبْقِيَتِه ، فلَزِمَ[٢٥] الرَّاهِنَ ، كنَفَقَةِ الحَيَوانِ . وإن كان ممَّا لا يُجَفَّفُ ، فإنَّه يُبَاعُ ، ويَقْضِى الدَّيْنَ من ثَمَنِه ، إن كان حَالًّا ، أو يَحِلُّ قبلَ فَسَادِه ، وإن كان لا يَحِلُّ قبل فَسَادِه ، جَعَلَ ثَمَنَه مَكَانَه رَهْنًا ، سواءٌ شَرَطَ فى الرَّهْنِ بَيْعَه أو أطْلَقَ . وقال أصْحَابُ الشَّافِعِىِّ : إن كان ممَّا يَفْسُدُ قبلَ مَحلِّ الدَّيْنِ ، فشَرَطَ المُرْتَهِنُ على الرَّاهِنِ بَيْعَه وجَعْلَ ثَمَنِه مَكَانه ، صَحَّ . وإن أطْلَقَ ، فعلَى قَوْلَيْنِ : أحدِهما ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ بَيْعَ الرَّهْنِ قبلَ حُلُولِ الحَقِّ لا يَقْتَضِيه

---

(٢٥) فى م : « فيلزم » .

٣١/٤ و عَقْدُ الرَّهْنِ ، فلم /يَجِبْ ، ولم يَصِحَّ رَهْنُه ، كما لو شَرَطَ أن لا يَبِيعَه . وذَكَرَ القاضى فيه وَجْهَيْنِ ، كالقَوْلَيْنِ . ولَنا ، أنَّ العُرْفَ يَقْتَضِى ذلك ؛ لأنَّ المالِكَ لا يُعَرِّضُ مِلْكَهُ لِلتَّلَفِ والهَلاكِ ، فإذا تَعَيَّنَ حِفْظُه فى بَيْعِه ، حُمِلَ عليه مُطْلَقُ العَقْدِ ، كَتَجْفِيفِ ما يَجِفُّ ، والإِنْفَاقِ على الحَيَوانِ ، وحَرْزِ ما يَحْتَاجُ إلى حَرْزٍ . وأمَّا إذا شَرَطَ أن لا يُبَاعَ ، فلا يَصِحُّ ؛ لأنَّه شَرَطَ ما يَتَضَمَّنُ فَسَادَه ، وفَوَاتَ المَقْصُودِ ، فأَشْبَهَ ما لو شَرَطَ أن لا يُجَفِّفَ ما يَجِفُّ ، أو لا يُنْفِقَ على الحَيَوانِ . وإذا ثَبَتَ ما ذَكَرْنَاهُ ، فإنَّه إن شَرَطَ لِلْمُرْتَهِنِ بَيْعَه ، أو أذِنَ له فى بَيْعِه بعدَ العَقْدِ ، أو اتَّفَقَا على أن يَبِيعَهُ الرَّاهِنُ أو غيرُه ، بَاعَهُ . وإن لم يُمْكِنْ ذلك ، بَاعَهُ الحاكِمُ ، وجَعَلَ ثَمَنَهُ رَهْنًا ، ولا يَقْضِى الدَّيْنَ من ثَمَنِه ؛ لأنَّه ليس له تَعْجِيلُ وَفَاءِ الدَّيْنِ قبلَ حُلُولِه[٢٦] . وكذلك الحُكْمُ إن رَهَنَهُ ثِيَابًا فخَافَ تَلَفَها ، أو حَيَوانًا وخَافَ مَوْتَهُ ، قال أحمدُ ، فى مَن رَهَنَ ثِيَابًا يَخافُ فَسَادَها ، كالصُّوفِ : أتَى السُّلْطَانَ ، فأَمَرَهُ بِبَيْعِها .

فصل : ويَصِحُّ[٢٧] رَهْنُ العَصِيرِ ؛ لأنَّه يجوزُ بَيْعُه ، وتَعَرُّضُه لِلخُرُوجِ عن المالِيَّةِ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ رَهْنِه ، كالمَرِيضِ والجَانِى . ثم إنِ اسْتَحَالَ إلى حالٍ لا يَخْرُجُ فيها عن المالِيَّةِ ، كالخَلِّ ، فالرَّهْنُ بحالِه ، وإن صَارَ خَمْرًا زالَ لُزُومُ العَقْدِ ، ووَجَبَتْ إرَاقَتُه ، فإن أُرِيقَ بَطَلَ العَقْدُ فيه ، ولا خِيَارَ لِلْمُرْتَهِنِ ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ فى يَدِه . وإن عَادَ خَلًّا ، عَادَ اللُّزُومُ ، بِحُكْمِ العَقْدِ السَّابِقِ ، كما لو زَالَتْ يَدُ المُرْتَهِنِ عن الرَّهْنِ ثم عَادَتْ إليه . وإن اسْتَحَالَ خَمْرًا قبلَ قَبْضِ المُرْتَهِنِ له ، بَطَلَ الرَّهْنُ ، ولم يَعُدْ بعَوْدِه خَلًّا ؛ لأنَّه عَقْدٌ ضَعِيفٌ لِعَدَمِ القَبْضِ فيه[٢٨] ، فأَشْبَه إسْلامَ أحَدِ الزَّوْجَيْنِ قبلَ الدُّخولِ . وذَكَرَ القَاضى أنَّ العَصِيرَ إذا اسْتَحَالَ خَمْرًا بعدَ القَبْضِ ، بَطَلَ الرَّهْنُ ، ثم إذا عَادَ خَلًّا ، عَادَ مِلْكًا لِصَاحِبِه ، مَرْهُونًا بالعَقْدِ السَّابِقِ ؛ لأنَّه

---

(٢٦) فى الأصل : « حله » . وفى ا : « محله » .

(٢٧) فى م : « ويجوز » .

(٢٨) سقط من : ا .

يَعُودُ مَمْلُوكًا بِحُكْمِ الْمِلْكِ الأَوَّلِ ، فَيَعُودُ حُكْمُ الرَّهْنِ أيضا ؛ لأنَّه زَالَ بِزَوَالِ الْمِلْكِ ، فَيَعُودُ بِعَوْدِه . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . وقال مالِكٌ وأبو حنيفةَ : هو رَهْنٌ بحالِه ؛ لأنه كانت له قِيمَةٌ حالَةَ كَوْنِهِ عَصِيرًا ، ويَجوزُ أن يَصِيرَ له قِيمَةٌ ، فلا[29] يَزُولَ المِلْكُ عنه ، كما لو ارْتَدَّ الجانِي ، ولأنَّ اليَدَ لم تَزُلْ عنه حُكْمًا ، ولهذا لو غَصَبَهُ / غَاصِبٌ ، فتَخَلَّلَ فى يَدِه ، كان مِلْكًا لِلمَغْصُوبِ منه ، ولو زَالَتْ يَدُه ، لَكان مِلْكًا لِلْغَاصِبِ ، كما لو أراقَهُ فجَمَعَه إنسَانٌ ، فتَخَلَّلَ فى يَدِه ، كان له ، دون مَن أراقَهُ . وهذا القولُ هو قولُنا الأَوَّلُ فى المَعْنَى ، إلَّا أن يَقُولُوا بِبَقَاءِ اللُّزُومِ فيه حالَ كَوْنِه خَمْرًا . ولم يَظْهَرْ لى فَائِدَةُ الخِلافِ بعدَ اتِّفَاقِهِم على عَوْدِه رَهْنًا باسْتِحَالَتِه خَلًّا ، وأَرَى القَوْلَ بِبَقَائِه رَهْنًا أقْرَبَ إلى الصِّحَّةِ ؛ لأنَّ العَقْدَ لو بَطَلَ لما عَادَ صَحِيحًا من غيرِ ابْتِدَاءِ عَقْدٍ . فإن قالوا : يُمْكِنُ عَوْدُه صَحِيحًا لِعَوْدِ المَعْنَى الذى بَطَلَ بِزَوَالِه ، كما أنَّ زَوْجَةَ الكَافِرِ إذا أسْلَمَتْ خَرَجَتْ من حُكْمِ العَقْدِ ، لِاخْتِلَافِ دِينِهِما ، فإذا أسْلَمَ الزَّوْجُ فى العِدَّةِ ، عادَتِ الزَّوْجِيَّةُ بالعَقْدِ الأَوَّلِ ، لِزَوَالِ الاخْتِلَافِ فى الدِّينِ . قُلْنا : هناك ما زَالَتِ الزَّوْجِيَّةُ ، ولا بَطَلَ العَقْدُ ، ولو بَطَلَ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ لَما عَادَ إلَّا بِعَقْدٍ جَدِيدٍ ، وإنَّما العَقْدُ كان مَوْقُوفًا مُرَاعًى ، فإذا أسْلَمَ فى العِدَّةِ تَبَيَّنَّا أنَّه لم يَبْطُلْ ، وإن لم يُسْلِمْ تَبَيَّنَّا أنَّه كان قد بَطَلَ ، وههُنا قد جَزَمْتُمْ بِبُطْلَانِه .

٣١/٤ ظ

فصل : وهل يَصِحُّ رَهْنُ الثَّمَرةِ قبلَ بُدُوِّ صَلَاحِها ، مِن غير شَرْطِ القَطْعِ أو الزَّرْعِ الأَخْضَرِ ؟ فيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، يجوزُ . وهو اخْتِيَارُ القاضى ؛ لأنَّ الغَرَرَ يَقِلُّ فيه ، فإنَّ الثَّمَرةَ متى تَلِفَتْ ، عَادَ إلى حَقِّه فى ذِمَّةِ الرَّاهِنِ ، ولأنَّه يجوزُ بَيْعُه ، فجَازَ رَهْنُه ، ومتى حَلَّ الحَقُّ بِيعَ ، وإن اخْتَارَ المُرْتَهِنُ تَأْخِيرَ بَيْعِه ، فله ذلك . والثانى ، لا يَصِحُّ . وهو مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه لا يجوزُ بَيْعُه ، فلا يَصِحُّ رَهْنُه ، كسائِرِ ما لا يجوزُ بَيْعُه . وذَكَرَ القاضى أنَّه يجوزُ رَهْنُ المَبِيعِ الذى يُشْتَرَطُ قَبْضُهُ ،

---

(٢٩) فى م زيادة : « يجوز أن » .

كالمَكِيلِ والمَوْزُونِ قبلَ قَبْضِه ؛ لأنَّ قَبْضَه مُسْتَحَقٌ ، فيُمْكِنُ المُشْتَرِى قَبْضُه ، ثم يَقْبِضُه . أمَّا البَيْعُ فإنَّه يُفْضِى إلى أن يَرْبَحَ فيما لم يضْمَنْ ، وهو مَنْهِيٌّ عنه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ رَهْنُه ؛ لأنَّه لا يَصِحُّ بَيْعُه .

فصل : وفى رَهْنِ المُصْحَفِ رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، لا يَصِحُّ رَهْنُه . نَقَلَ الجَماعَةُ عنه : أَرْخَصَ[30] فى رَهْنِ المُصْحَفِ . وذلك لأنَّ المَقْصُودَ من الرَّهْنِ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ من ثَمَنِه ، ولا يَحْصُلُ ذلك إلَّا بِبَيْعِه ، وبَيْعُه غيرُ جائِزٍ . والثَّانية ، يَصِحُّ رَهْنُه . فإنَّه قال : إذا رَهَنَ مُصْحَفًا ، لا يَقْرَأُ فيه إلَّا بإذْنِه . فظَاهِرُ هذا صِحَّةُ رَهْنِه . وهو قولُ مالِكٍ ، والشَّافِعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحَابِ الرَّأْىِ ، بنَاءً على أنَّه يَصِحُّ بَيْعُه ، فصَحَّ رَهْنُه ، كغيرِه .

٣٢/٤ و

فصل : / ويجوزُ أن يَسْتَعِيرَ شيئًا يَرْهَنُه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ من نَحْفَظُ[31] عنه من أهْلِ العِلْمِ ، على أنَّ الرَّجُلَ إذا اسْتَعَارَ من الرَّجُلِ شَيْئًا يَرْهَنُه على دَنَانِيرَ مَعْلُومَة ، عندَ رَجُلٍ سَمَّاهُ ، إلى وَقْتٍ مَعْلُومٍ ، فَفَعَلَ ، أنَّ ذلك جَائِزٌ . ويَنْبَغِى أن يَذْكُرَ المُرْتَهِنَ ، والقَدْرَ الذى يَرْهَنُه به ، وجِنْسَه ، ومُدَّةَ الرَّهْنِ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ يَخْتَلِفُ بذلك ، فاحْتِيجَ إلى ذِكْرِه ، كأَصْلِ الرَّهْنِ . ومتى شَرَطَ شيئًا من ذلك ، فخَالَفَ ، ورَهَنَهُ بغيرِه ، لم يَصِحَّ الرَّهْنُ ؛ لأنَّه لم يُؤْذَنْ له فى هذا الرَّهْنِ ، فأَشْبَهَ مَن لم يَأْذَنْ فى أصْلِ الرَّهْنِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على ذلك . وإن أَذِنَ له فى رَهْنِه بِقَدْرٍ من المالِ ، فنَقَصَ عنه ، مثل أن يَأْذَنَ له فى رَهْنِه بمائةٍ ، فيَرْهَنُه بخَمْسِينَ ، صَحَّ ؛ لأنَّ مَن أَذِنَ فى مائةٍ ، فقد أَذِنَ فى خَمْسِينَ . وإن رَهَنَهُ بأَكْثَرَ ، مثل أن رَهَنَه بمائةٍ وخَمْسِينَ ، احْتَمَلَ أن يَبْطُلَ فى الكُلِّ ؛ لأنَّه خَالَفَ المَنْصُوصَ عليه ، فبَطَلَ ، كما لو قال : ارْهَنْهُ بدَنَانِيرَ . فرَهَنَهُ بِدَرَاهِمَ . أو بِحَالٍّ . فرَهَنَهُ بمُؤَجَّلٍ . أو بمُؤَجَّلٍ . فرَهَنَهُ بِحَالٍّ ، فإنَّه لا يَصِحُّ . كذلك هٰهُنا . وهذا مَنْصُوصُ

---

(٣٠) أرخص له فى الأمر : سهَّله ويسَّره .

(٣١) فى الأصل : « أحفظ » .

الشَّافِعِىِّ . والوَجْهُ الثانى ، أنَّه يَصِحُّ فى المائةِ ، ويَبْطُلُ فى الزَّائِدِ عليها ؛ لأنَّ العَقْدَ تَنَاوَلَ ما يجوزُ وما لا يجوزُ ، فجَازَ فيما دون غيرِه ، كَتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . ويُفَارِقُ ما ذَكَرْنا من الأُصُولِ ؛ فإنَّ العَقْدَ لم يَتَنَاوَلْ مَأْذُونًا فيه بحالٍ ، وكل واحِدٍ من هذه الأُمُورِ يَتَعَلَّقُ به غَرَضٌ لا يُوجَدُ فى الآخَرِ ، فإنَّ الرَّاهِنَ قد يَقْدِرُ على فَكَاكِه فى الحالِ ، ولا يَقْدِرُ على ذلك عند الأَجَلِ وبالعَكْسِ . وقد يَقْدِرُ على فَكَاكِه بأَحَدِ النَّقْدَيْنِ دون الآخَرِ ، فيَفُوتُ الغَرَضُ بالمُخَالَفةِ ، وفى مَسْأَلَتِنَا إذا صَحَّ فى المائةِ المَأْذُونِ فيها لم يَخْتَلِف الغَرَضُ ، فإن أَطْلَقَ الرَّهْـنَ فى الإِذْنِ من غيرِ تَعْيِينٍ ، فقال القاضى : يَصِحُّ ، وله رَهْنُه بما شَاءَ . وهو قولُ أصْحَابِ الرَّأْىِ ، وأحَدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ . والآخَرُ : لا[٣٢] يجوزُ حتى يُبَيِّنَ قَدْرَ الذى يَرْهَنُه به ، وصِفَتَه ، وحُلُولَه ، وتَأْجِيلَه ؛ لأنَّ هذا بمَنْزِلَةِ الضَّمَانِ ، لأنَّ مَنْفَعَةَ العَبْدِ لِسَيِّدِه ، والعَارِيَّةُ ما أَفَادَتِ المَنْفَعَةَ ، إنَّما حَصَّلَتْ له نَفْعًا يكونُ الرَّهْنُ وَثِيقَةً عنه ، فهو بمَنْزِلَةِ الضَّمَانِ فى ذِمَّتِه ، وضَمَانُ المَجْهُولِ لا يَصِحُّ . ولَنا ، أنَّها عَارِيَّةٌ ، فلم يُشْتَرَطْ لِصِحَّتِها ذِكْرُ ذلك ، كالعَارِيَّةِ لغيرِ الرَّهْنِ ، والدَّلِيلُ على أنَّه عَارِيَّةٌ أنَّه قَبَضَ مِلْكَ غيرِه لِمَنْفَعَةِ نَفْسِه ، / مُنْفَرِدًا بها من غير عِوَضٍ ، فكان عَارِيَّةً ، كَقَبْضِه لِلْخِدْمَةِ . وقولُهم : إنَّه ضَمَانٌ . غيرُ صَحِيحٍ ؛ لأنَّ الضَّمَانَ يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ ، وهذا ثَبَتَ فى الرَّقَبَةِ ، ولأنَّ الضَّمَانَ لَازِمٌ فى حَقِّ الضَّامِنِ ، وهذا له الرُّجُوعُ[٣٣] فى العَبْدِ قبلَ الرَّهْنِ ، وإلْزَامُ المُسْتَعِيرِ بِفَكَاكِه بعدَه . وقولُهم : إن المَنَافِعَ لِلسَّيِّدِ . قُلْنا : المَنَافِعُ مُخْتَلِفَةٌ ، فيجوزُ أن يَسْتَعِيرَهُ لِتَحْصِيلِ مَنْفَعَةٍ واحِدَةٍ وسَائِرُ المَنَافِعِ لِلسَّيِّدِ ، كما لو اسْتَعَارَهُ لِحِفْظِ مَتَاعٍ وهو مع ذلك يَخِيطُ لِسَيِّدِه . أو يَعْمَلُ له شَيْئًا ، أو اسْتَعَارَهُ لِيَخِيطَ له ، ويَحْفَظُ المَتَاعَ لِسَيِّدِه . فإنْ قيل : لو كان عَارِيَّةً لَمَا صَحَّ رَهْنُه ؛ لأنَّ العَارِيَّةَ لا تَلْزَمُ ، والرَّهْنُ

٣٢/٤ ظ

---

(٣٢) سقط من : ا ، م .

(٣٣) فى م : « رجوع » .

لازِمٌ . قُلْنا : العَارِيَّةُ غيرُ لَازِمَةٍ من جِهَةِ المُسْتَعِيرِ ؛ فإنَّ لِصَاحِبِ العَبْدِ المُطَالَبَةَ بِفكَاكِه قبلَ حُلُولِ الدَّيْنِ . ولأنَّ العَارِيَّةَ قد تكونُ لَازِمَةً ، بِدَلِيلِ ما لو أعَارَهُ حَائِطًا لِيَبْنِىَ عليه ، أو أرْضًا لِيَدْفِنَ فيها ، أو لِيَزْرَعَ فيها ما لا يُحْصَدُ قَصِيلًا[٣٤] . إذ ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يَصِحُّ رَهْنُه بما شَاءَ ، إلى أى وَقْتٍ شَاءَ ، ممَّن شَاءَ ؛ لأنَّ الإِذْنَ يَتَنَاوَلُ الكُلَّ بإطْلَاقِه ، ولِلسَّيِّدِ مُطَالَبَةُ الرَّاهِنِ بِفكَاكِ الرَّهْنِ ، حَالًّا كان أو مُؤَجَّلًا ، فى مَحلِّ الحَقِّ وقبلَ مَحلِّه ؛ لأنَّ العَارِيَّةَ لا تَلْزَمُ . ومتى حَلَّ الحَقُّ فلم يَقْبِضْه ، فَلِلْمُرْتَهِنِ بَيْعُ الرَّهْنِ . واسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ من ثَمَنِه ، ويَرْجِعُ المُعِيرُ على الرَّاهِنِ بالضَّمَانِ ، وهو قِيمَةُ العَيْنِ المُسْتَعَارَةِ ، أو مِثْلُها إن كانتْ مِن ذَوَاتِ الأَمْثَالِ ، ولا يَرْجِعُ بما بِيعَتْ به ، سواءٌ بِيعَتْ بأَقَلَّ من القِيمَةِ أو أكْثَرَ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ . والصَّحِيحُ أنَّها إن بِيعَتْ بأَقَلَّ من قِيمَتِها ، رَجَعَ بالقِيمَةِ ؛ لأن العَارِيَّةَ مَضْمُونَةٌ ، فيَضْمَنُ نَقْصَ ثَمَنِها ، وإن بِيعَتْ بأكْثَرَ ، رَجَعَ بما بِيعَتْ به ؛ لأنَّ العَبْدَ مِلْكٌ لِلْمُعِيرِ ، فيكون ثَمَنُه كلُّه له . وكذلك لو أسْقَطَ المُرْتَهِنُ حَقَّهُ عن الرَّاهِنِ ، رَجَعَ الثَّمَنُ كلُّه إلى صَاحِبِه . فإذا قَضَى به دَيْنَ الرَّاهِنِ ، رَجَعَ به عليه ، ولا يَلْزَمُ من وُجُوبِ ضَمَانِ النَّقْصِ أن لا تكونَ الزِّيَادَةُ لِصَاحِبِ العَبْدِ ، كما لو كان بَاقِيًا بعَيْنِه ، وإن تَلِفَ الرَّهْنُ ضَمِنَهُ الرَّاهِنُ بِقِيمَتِه ، سواءٌ تَلِفَ بِتَفْرِيطٍ أو غيرِ تَفْرِيطٍ . نَصَّ على هذا أحمدُ . وذلك لأنَّ العَارِيَّةَ مَضْمُونَةٌ .

فصل : وإن فَكَّ المُعِيرُ الرَّهْنَ ، وأدَّى الدَّيْنَ الذى[٣٥] عليه بإذْنِ الرَّاهِنِ ، رَجَعَ عليه . وإن قَضَاهُ مُتَبَرِّعًا ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ . وإن قَضَاهُ بغيرِ إذْنِه مُحْتَسِبًا / بالرُّجُوعِ بغيرِ إذْنِه ، فهل يَرْجِعُ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، بنَاءً على ما إذا قَضَى دَيْنَه بغيرِ إذْنِه ، ويَتَرَجَّحُ الرُّجُوعُ هٰهُنا ؛ لأنَّ له المُطَالَبَةَ بفكَاكِ عَبْدِه ، وأدَاءُ دَيْنِه فكَاكُه . وإن اخْتَلَفَا فى الإِذْنِ ، فالقَوْلُ قولُ الرَّاهِنِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ . وإن شَهِدَ المُرْتَهِنُ

٤/٣٣ و

---

(٣٤) القصيل : الطرى يجنى مرة بعد مرة .

(٣٥) سقط من : م .

لِلْمُعِيرِ ، قُبِلَتْ شَهادَتُه ؛ لأنَّه لا يَجُرُّ بها نَفْعًا ، ولا يَدْفَعُ بها ضَرَرًا ، وإن قال : أذِنْتَ لى فى رَهْنِه بِعَشَرَةٍ . قال : بل بِخَمْسَةٍ . فالقولُ قولُ المالِكِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ للزِّيادَةِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وإن كان الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا ، فقَضَاهُ حَالًّا بإذْنِه ، رَجَعَ به حَالًّا ، وإن قَضَاهُ بغيرِ إذْنِه ، فقال القاضى : يَرْجِعُ به حَالًّا أيضا ؛ لأنَّ[٣٦] له المُطَالَبَةَ بفَكَاكِ عَبْدِه فى الحال .

فصل : ولو اسْتَعَارَ من رَجُلٍ عَبْدًا لِيَرْهَنَهُ بمائةٍ ، فرَهَنَهُ عند رَجُلَيْنِ ، صَحَّ ؛ لأنَّ تَعْيِينَ ما يَرْهَنُ به ليس بِشَرْطٍ ، فكذلك مَن يَرْهَنُ عندَه ، ولأنَّ رَهْنَهُ من رَجُلَيْنِ أَقَلُّ ضَرَرًا مِن رَهْنِه عند رجلٍ[٣٧] واحِدٍ ؛ لأنَّه يَنْفَكُّ منه بعضُه بِقَضَاءِ بعض[٣٧] الدَّيْنِ ، بخِلَافِ ما لو كان رَهْنًا عند وَاحِدٍ . فعلى هذا ، إذا قَضَى أحَدُهُما ما عليه من الدَّيْنِ ، خَرَجَ نَصِيبُه من الرَّهْنِ ؛ لأنَّ عَقْدَ الواحِدِ مع الاثْنَيْنِ عَقْدَانِ فى الحَقِيقَةِ . ولو اسْتَعَارَ عَبْدًا من رَجُلَيْنِ ، فرَهَنَهُ عند واحِدٍ بمائةٍ ، فقَضَاهُ نِصْفَها عن أحَدِ النَّصِيبَيْنِ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يَنْفَكُّ من الرَّهْنِ شىءٌ ؛ لأنَّه عَقْدٌ واحِدٌ ، من رَاهِنٍ واحِدٍ ، مع مُرْتَهِنٍ واحِدٍ ، فأشْبَهَ ما لو كان العَبْدُ لِوَاحِدٍ . والثانى ، يَنْفَكُّ نِصْفُ العَبْدِ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما إنَّما أذِنَ فى رَهْنِ نَصِيبِه بِخَمْسِينَ ، فلا يكونُ رَهْنًا بأكْثَرَ منها ، كما لو صَرَّحَ له بذلك ، فقال : ارْهَنْ نَصِيبِى بِخَمْسِينَ ، لا تَزِدْ عليها . فعلى هذا الوَجْهِ ، إن كان المُرْتَهِنُ عَالِمًا بذلك ، فلا خِيَارَ له ، وإن لم يكن عَالِمًا بذلك[٣٨] ، والرَّهْنُ مَشْرُوطٌ فى بَيْعٍ ، احْتَمَلَ أن يكونَ له الخِيَارُ ؛ لأنَّه دَخَلَ على أنَّ كلَّ جُزْءٍ من الرَّهْنِ وَثِيقَةٌ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ ، وقد فَاتَهُ ذلك ، [٣٩]واحْتَمَلَ أن لا يكونَ له خِيارٌ ؛ لأنَّ الرَّهْنَ سُلِّمَ لَهُ كُلُّه بالدَّيْنِ كُلِّه ، وهو دَخَلَ على ذلك[٣٩]

---

(٣٦) فى م : « لأنه » .

(٣٧) سقط من : الأصل ، م .

(٣٨) سقط من : ا .

(٣٩ - ٣٩) سقط من : م .

ولو كان رَهَنَ هذا العَبْدَ عندَ رَجُلَيْنِ ، فقَضَى أحَدَهُمَا ، انْفَكَّ نَصِيبُ كُلِّ واحِدٍ مِن المُعِيرَيْنِ من نِصْفِه . وإن قَضَى نِصْفَ دَيْنِ أَحدِهِما انْفَكَّ[40] نَصِيبُ أَحَدِهِما ، على أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخَرِ ، يَنْفَكُّ نِصْفُ نَصِيبِ كُلِّ واحِدٍ منهما .

٣٣/٤ ظ / فصل : ولو كان لِرَجُلَيْنِ عَبْدانِ ، فأَذِنَ كُلُّ واحِدٍ منهما لِشَرِيكِه فى رَهْنِ نَصِيبِه مِن أَحَدِ العَبْدَيْنِ ، فرَهَنَاهما عند رَجُلٍ مُطْلَقًا ، صَحَّ . فإنْ شَرَطَ أَحَدُهما أَنِّى متى قَضَيْتُ ما عَلَىَّ من الدَّيْنِ ، انْفَكَّ الرَّهْنُ فى العَبْدِ الذى رَهَنْتُه ، وفى العَبْدِ الآخَرِ ، [41]أَوْ فى[41] قَدْرِ نَصِيبِى من العَبْدِ الآخَرِ . فهذا شَرْطٌ فاسِدٌ ؛ لأنَّه شَرَطَ أن يَنْفَكَّ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ رَهْنٌ على دَيْنٍ آخَرَ ، ويَفْسُدُ الرَّهْنُ ؛ لأنَّ فى هذا الشَّرْطِ نَقْصًا على المُرْتَهِنِ ، وكل شَرْطٍ فاسِدٍ يَنْقُصُ حَقَّ المُرْتَهِنِ ، يُفْسِدُ الرَّهْنَ . فأمَّا إن شَرَطَ أنَّه لا يَنْفَكُّ شَىْءٌ من العَبْدِ حتى يَقْضِىَ جَمِيعَ الدَّيْنِ ، فهو فَاسِدٌ أيضا ؛ لأنَّه شَرَطَ أن يَبْقَى الرَّهْنُ مَحْبُوسًا بغيرِ الدَّيْنِ الذى هو رَهْن به ، لكنَّه لا يَنْقُصُ حَقَّ المُرْتَهِنِ ، فهل يَفْسُدُ الرَّهْنُ بذلك ؟ على وَجْهَيْنِ .

فصل : ولا يَصِحُّ رَهْنُ ما لا يَصِحُّ بَيْعُه ، كأُمِّ الوَلَدِ ، والوَقْفِ ، والعَيْنِ المَرْهُونَةِ ؛ لأنَّ مَقْصُودَ الرَّهْنِ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ من ثَمَنِه ، وما لا يجوزُ بَيْعُه لا يُمْكِنُ ذلك فيه . ولو رَهَنَ العَيْنَ المَرْهُونَةَ عندَ المُرْتَهِنِ ، لم يَجُزْ . فلو قال الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ : زِدْنِى ما لا يكونُ الرَّهْنُ الذى عِنْدَكَ رَهْنًا به وبالدَّيْنِ الأَوَّلِ . لم يَجُزْ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ومحمدٌ . وهو أحَدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ . وقال مالِكٌ ، وأبو يوسفَ ، وأبو ثَوْرٍ ، والمُزَنِىُّ ، وابن المُنْذِرِ : يجوزُ ذلك ؛ لأنَّه لو زادَهُ رَهْنًا جازَ ، فكذلك إذا زادَ فى دَيْنِ الرَّهْنِ ، ولأنَّه لو فَدَى المُرْتَهِنُ العَبْدَ الجَانِىَ بإذْنِ الرَّاهِنِ ، ليكُون رَهْنًا بالمالِ الأَوَّلِ وبما فَدَاهُ به ، جازَ ، فكذلك هٰهُنا ، ولأنَّها وَثِيقَةٌ مَحْضَةٌ ، فجازَتِ

---

(٤٠) فى م زيادة : « فى » .

(٤١ – ٤١) فى م : « وفى » .

الزِّيادَةُ فيها كالضَّمَانِ . ولَنا ، أنَّها عَيْنٌ مَرْهُونَةٌ ، فلم يَجُزْ رَهْنُها بِدَيْنٍ آخَرَ ، كما لو رَهَنَها عند غيرِ المُرْتَهِنِ ، فأمَّا الزِّيَادَةُ فى الرَّهْنِ فيجوزُ ؛ لأنَّه زِيادَةُ اسْتِيثَاقٍ ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنا ، وأمَّا العَبْدُ الجَانِى فيَصِحُّ فِدَاؤُه ، ليكُونَ رَهْنًا بالفِدَاءِ والمالِ الأَوَّلِ ، لِكَوْنِ الرَّهْنِ لا يَمْنَعُ تَعَلُّقَ الأَرْشِ بالجَانِى ، لكَوْنِ الجِنَايَةِ أَقْوَى ، فإنَّ[42] لِوَلِىِّ الجِنَايَةِ المُطَالَبَةَ بِبَيْعِ الرَّهْنِ وإخْرَاجه من الرَّهْنِ ، فصارَ بِمَنْزِلَةِ الرَّهْنِ الجائِزِ قبلَ قَبْضِه ، ويجوزُ أن يَزِيدَهُ فى الرَّهْنِ الجائِزِ حَقًّا قبلَ لُزُومِه ، فكذلك إذا صارَ جائِزًا بالجِنَايَةِ ، ويُفَارِقُ الرَّهْنُ الضَّمَانَ ؛ فإنَّه يجوزُ أن يَضْمَنَ لغيْرِه . إذا ثَبَتَ هذا ، فرَهَنَهُ بِحَقٍّ ثانٍ كان رَهْنًا بالأَوَّلِ خاصَّةً ، / فإن شَهِدَ بذلك شاهِدَانِ يَعْتَقِدَانِ فسَادَه ، لم يكُنْ لهما أن يَشْهَدَا به ، وإن اعْتَقَدا صِحَّتَهُ لم يكُنْ لهما أن يَشْهَدَا أنَّه رَهَنَهُ بالحَقَّيْنِ مُطْلَقًا ، بل يَشْهَدَانِ[43] بِكَيْفِيَّةِ الحالِ ، لِيَرَى الحاكِمُ فيه رَأْيَهُ . (٣٤/٤ و)

فصل : وأمَّا رَهْنُ سَوَادِ العِرَاقِ ، والأَرْضِ المَوْقُوفَةِ على المسلمين ، فالصَّحِيحُ فى المَذْهَبِ أنَّه لا يجوزُ بَيْعُها ، فكذلك رَهْنُها . وهذا مَنْصُوصُ الشَّافِعِىِّ . وما كان فيها مِن بِنَائِها ، فحُكْمُه حُكْمُها ، وما كان فيها من غيرِ تُرَابِها أو مِنَ[44] الشَّجَرِ المُجَدَّدِ فيها ، إن أَفْرَدَهُ بالبَيْعِ والرَّهْنِ ، فهل يَصِحُّ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، نَصَّ عليهما فى البَيْعِ ؛ إحْدَاهُما : يَصِحُّ ؛ لأنَّه طَلْقٌ . والثانية ، لا[45] يجوزُ ؛ لأنَّه تَابِعٌ لما لا يجوزُ بَيْعُه ولا رَهْنُه ، فهو كأَساسَاتِ الحِيطَانِ . وإن رَهَنَهُ مع الأَرْضِ ، بَطَلَ فى الأَرْضِ . وهل يجوزُ فى الأَشْجَارِ والبِنَاءِ على الرِّوَايَةِ التى يَجُوزُ رَهْنُها مُنْفَرِدَةً ؟ يُخَرَّجُ على الرِّوَايَتَيْنِ فى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . وهذا مَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ ، رَضِىَ اللهُ عنه .

فصل : ولا يَصِحُّ رَهْنُ المَجْهُولِ ؛ لأنَّه لا يَصِحُّ بَيْعُه ، فلو قال : رَهَنْتُكَ هذا

---

(٤٢) فى م : « ولأن » .

(٤٣) فى الأصل ، ا : « يشهدا » على تقدير : « بل لهما أن يشهدا » .

(٤٤) سقط من : ا ، م .

(٤٥) سقط من : م .

الجِرَابَ أو البَيْتَ أو الخَرِيطَةَ بما فيها . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ . وإن لم يَقُلْ : بما فيها . صَحَّ رَهْنُها ؛ لِلْعِلْمِ بها ، إلَّا أن يكونَ ذلك ممَّا لا قِيمَةَ له ، كالجِرَابِ الخَلَقِ ونحوِه . ولو قال : رَهَنْتُكَ أحَدَ هذين العَبْدَيْنِ . لم يَصِحَّ ؛ لِعَدَمِ التَّعْيِينِ . وفى الجُمْلَةِ أنَّه يُعْتَبَرُ لِلْعِلْمِ فى الرَّهْنِ ما يُعْتَبَرُ فى البَيْعِ ، وكذلك القُدْرَةُ على التَّسْلِيمِ ، فلا يَصِحُّ رَهْنُ الآبِقِ ولا الجَمَلِ الشَّارِدِ ، ولا غيرِ مَمْلُوكٍ .

فصل : ولو رَهَنَ عَبْدًا ، أو بَاعَهُ ، يَعْتَقِدُه مَغْصُوبًا ، فبَانَ مِلْكُه ، مثل إنْ رَهَنَ عَبْدَ أبيه ، فبَانَ أنَّ أبَاهُ قد مَاتَ ، وصارَ العَبْدُ مِلْكَه[٤٦] بالمِيرَاثِ ، أو وَكَّلَ إنْسَانًا يَشْتَرِى له عَبْدًا من سَيِّدِه ، ثم إنَّ المُوَكِّلَ بَاعَ العَبْدَ أو رَهَنَهُ ، يَعْتَقِدُه لِسَيِّدِه الأَوَّلِ ، فبَانَ أنَّ تَصَرُّفَه بعدَ شِرَاءِ الوَكِيلِ له ، ونحو ذلك ، صَحَّ تَصَرُّفُه ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ صَدَرَ من أهْلِه ، وصادَفَ مِلْكَه ، فصَحَّ كما لو عَلِمَ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّه اعْتَقَدَهُ بَاطِلًا .

فصل : ولو رَهَنَ المَبِيعَ فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، لم يَصِحَّ ، إلَّا أن يَرْهَنَهُ المُشْتَرِى والخِيَارُ له وَحْدَهُ ، فيَصِحُّ تَصَرُّفُه ، ويَبْطُلُ خِيَارُه . ذَكَرَهُ أبو بكرٍ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وكذلك بَيْعُه وتَصَرُّفَاتُه . ولو أفْلَسَ المُشْتَرِى ، فرَهَنَ البائِعُ عَيْنَ مَالِه التى له الرُّجُوعُ فيها [٤٧]قبلَ الرُّجُوعِ فيها[٤٧] لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه رَهَنَ مالا[٤٨] يَمْلِكُه . وكذلك لو رَهَنَ الأَبُ / العَيْنَ التى وَهَبَها لِابْنِه قبلَ رُجُوعِه فيها ، لم يَصِحَّ ؛ لما ذَكَرْنَاهُ ، ولِلشَّافِعِىِّ فى ذلك وَجْهَانِ ؛ أحَدُهُما ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ له اسْتِرْجَاعَ العَيْنِ ، فتَصَرُّفُه فيها يَدُلُّ على رُجُوعِه فيها . ولَنا ، أنَّه رَهَنَ مالا يَمْلِكُه . بغيرِ إذْنِ المالِكِ ، ولا وِلَايَةٍ عليه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو رَهَنَ الزَّوْجُ نِصْفَ الصَّدَاقِ قبلَ الدُّخُولِ .

٣٤/٤ ظ

---

(٤٦) فى ا زيادة : « له » .

(٤٧ – ٤٧) سقط من : ا ، م .

(٤٨) سقط من : م .

فصل : ولو رَهَنَ ثَمَرَ[٤٩] شَجَرٍ يَحْمِلُ فى السَّنَةِ حِمْلَيْنِ ، لا يَتَمَيَّزُ أحَدُهُما من الآخَرِ ، فرَهَنَ الثَّمرةَ الأُولَى إلى مَحلٍّ تَحْدُثُ الثانيةُ علَى وَجْهٍ لا يَتَمَيَّزُ ، فالرَّهْنُ باطِلٌ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ حين حُلُولِ الحَقِّ ، فلا يمكنُ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ منه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو كان مَجْهولًا حينَ العَقدِ ، وكما لو رَهَنَهُ إيَّاهَا بعدَ اشْتِبَاهِها . فإن شَرَطَ قَطْعَ الأُولَى إذا خِيفَ اخْتِلَاطُها بالثانيةِ ، صَحَّ . فإن كان الحِمْلُ المَرْهُونُ بحَقٍّ حَالٍّ ، وكانت الثمرةُ الثانيةُ تَتَمَيَّزُ من الأُولَى إذا حَدَثَتْ ، فالرَّهْنُ صَحِيحٌ . فإن وَقَعَ التَّوانِى فى قَطْعِ الأُولَى حتى اخْتَلَطَتْ بالثانيةِ ، وتَعَذَّرَ التَّمْييزُ ، لم يَبْطُل الرَّهْنُ ؛ لأنَّه وَقَعَ صَحِيحًا ، وقد اخْتَلَطَ بغيرِه على وَجْهٍ لا يُمْكِنُ فَصْلُه . فعلى هذا إن سَمحَ الرَّاهِنُ بكَوْنِ الثَّمَرةِ رَهْنًا ، أو اتَّفَقَا على قَدْرِ المَرْهُونِ منهما ، فحَسَنٌ ، وإن اخْتَلَفَا ، فالقولُ قولُ الرَّاهِنِ مع يَمِينِه فى قَدْرِ الرَّهْنِ ؛ لأنه مُنْكِرٌ لِلْقَدْرِ الزَّائِد ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ .

فصل : ولو رَهَنَهُ مَنَافِعَ دَارِه شَهْرًا ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ مَقْصُودَ الرَّاهِنِ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ من ثَمَنِه ، والمَنَافِعُ تَهْلِكُ إلى حُلُولِ الحَقِّ . وإن رَهَنَهُ أُجْرَةَ دارِهِ شَهْرًا ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّها مَجْهُولَةٌ وغيرُ مَمْلُوكَةٍ .

فصل : ولو رَهَنَ المُكَاتَبُ مَن يَعْتِقُ عليه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ بَيْعَه . وأجازَهُ أبو حنيفةَ ؛ لأنَّهم لا يَدْخُلُونَ معه فى الكِتَابَةِ . ولو رَهَنَ العَبْدَ المَأْذُونَ من يَعْتِقُ على السَّيِّدِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ ما فى يَدِه مِلْكٌ لِسَيِّدِه . فقد صَارَ حُرًّا بِشِرَائِه إيَّاهُ .

فصل : ولو رَهَنَ الوَارِثُ تَرِكَةَ المَيِّتِ ، أو بَاعَها ، وعلى المَيِّتِ دَيْنٌ ، صَحَّ فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ . وقال أصحابُ الشَّافِعِىِّ : لا يَصِحُّ ،[٥٠] فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ[٥٠] ، إذا كان على المَيِّتِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ التَّرِكَةَ ؛ لأنَّه تَعَلَّقَ به حَقُّ آدَمِىٍّ ، فلم يَصِحَّ رَهْنُه ، كالمَرْهُونِ . ولَنا ، أنَّه تَصَرُّفٌ صَادَفَ مِلْكَه ، ولم يُعَلِّقْ به حَقًّا ، فَصَحَّ ، كما لو

---

(٤٩) فى م : « ثمرة » .

(٥٠ – ٥٠) سقط من : م .

٣٥/٤ و رَهَنَ المُرْتَدَّ . وفَارَقَ المَرْهُونَ ؛ لأنَّ الحَقَّ تَعَلَّقَ به بِاخْتِيَارِه ، فأما فى / مَسْأَلَتِنا فالحَقُّ تَعَلَّقَ به بغيرِ اخْتِيَارِه ، فلم يَمْنَعْ تَصرُّفَهُ . وهكذا كُلُّ حَقٌّ ثَبَتَ من غيرِ إثْبَاتِه ، كالزَّكَاةِ والجِنَايَةِ ، فلا يَمْنَعُ رَهْنَهُ ، فإذا رَهَنَهُ ، ثم قَضَى الحَقَّ من غيرِه ، فالرَّهْنُ بحَالِه ، وإن لم يَقْضِ الحَقَّ ، فَلِلْغُرَمَاءِ انْتِزَاعُه ؛ لأنَّ حَقَّهُم أسْبَقُ ، والحُكْم فيه كالحُكْمِ فى الجَانِى . وهكذا الحُكْمُ لو تَصرَّفَ فى التَّرِكَةِ ، ثم رُدَّ عليه مَبِيعٌ بَاعَه المَيِّتُ بِعَيْبٍ ظَهَرَ فيه ، أو حَقٌّ تَجَدَّدَ تَعَلُّقُه بالتَّرِكَةِ ، مثل أن وَقَعَ إنْسَانٌ أو بَهِيمَةٌ فى بِئْرٍ حَفَرَهُ فى غيرِ مِلْكِه بعدَ مَوْتِه ، فالحُكْمُ واحِدٌ ، وهو أن تَصَرُّفَهُ صَحِيحٌ غيرُ نَافِذٍ ، فإن قَضَى الحَقَّ من غيرِه نَفَذَ ، وإلَّا فُسِخَ البَيْعُ والرَّهْنُ .

فصل: قال القاضى: لا يَصِحُّ رَهْنُ العَبْدِ المُسْلِمِ لِكَافِرٍ . واخْتَارَ أبو الخَطَّابِ صِحَّةَ رَهْنِه ، إذا شَرَطَا كَوْنَهُ على يَدِ مُسْلِمٍ ، ويَبِيعُه الحَاكِمُ إذا امْتَنَعَ مالِكُهُ . وهذا أَوْلَى ؛ لأنَّ مَقْصُودَ الرَّهْنِ يَحْصُلُ مِن غيرِ ضَرَرٍ .

٧٨٦ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَبَضَ الرَّهْنَ مَنْ تَشَارَطَا أنَّ الرَّهْنَ[1] يَكُونُ عَلَى يَدِهِ[2] ، صَارَ مَقْبُوضًا)

وجُمْلَتُه أنَّ المُتَرَاهِنَيْنِ إذا شَرَطَا كَوْنَ الرَّهْنِ على يَدَىْ رَجُلٍ رَضِيَاهُ[3] ، واتَّفَقَا عليه ، جازَ ، وكان وَكِيلًا لِلْمُرْتَهِنِ نَائِبًا عنه فى القَبْضِ ، فمتى قَبَضَهُ صَحَّ قَبْضُه ، فى قولِ جَماعَةِ الفُقَهاءِ ، منهم عَطَاءٌ ، وطاوُسٌ[4] ، وعَمْرُو بن دِينَارٍ ، ومالِكٌ[5] ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ المُبَارَكِ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسْحَاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ . وقال الحَكَمُ ، والحارِثُ العُكْلِىُّ ، وقَتَادَةُ ، وابنُ أبى لَيْلَى :

---

(١) سقط من : م .
(٢) فى م : « يديه » .
(٣) فى م : « رضيا به » .
(٤) سقط من : ا ، م .
(٥) سقط من : م .

لا يكونُ مَقْبُوضًا بذلك ؛ لأنَّ القَبْضَ مِن تَمَامِ العَقْدِ ، فتَعلَّق بأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ ، كالإيجابِ والقَبُولِ . ولَنا ، أنَّه قَبْضٌ في عَقْدٍ ، فجازَ فيه التَّوْكِيلُ ، كسَائِرِ القُبُوضِ ، وفَارَقَ القَبُولَ ؛ لأنَّ الإيجَابَ إذا كان لِشَخْصٍ كان القَبُولُ منه ، لأنَّه يُخَاطَبُ به ، ولو وَكَّلَ في الإيجَابِ والقَبُولِ قبلَ أن يُوجِبَ له ، صَحَّ أيضا ، وما ذَكَرُوه يَنْتَقِضُ بالقَبْضِ في البَيْعِ ، فيما يُعْتَبَرُ القَبْضُ فيه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يجوزُ أن يَجْعَلَا الرَّهْنَ على يَدَىْ مَن يجوزُ تَوْكِيلُه ، وهو الجائِزُ التَّصَرُّفِ ، مُسْلِمًا كان أو كَافِرًا ، عَدْلًا أو فَاسِقًا ، ذَكَرًا أو أُنْثَى ، ولا يجوزُ أن يكونَ صَبِيًّا ؛ لأنَّه غيرُ جائِزِ التَّصَرُّفِ مُطْلَقًا ، فإن فَعَلَا [6]كان قَبْضُه[6] وعَدَمُ القَبْضِ واحِدًا[7] ، ولا عَبْدًا بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ؛ لأنَّ مَنَافِعَ العَبْدِ لِسَيِّدِه ، فلا يجوزُ تَضْيِيعُها في / الحِفْظِ بغير إذْنِه[8] ، فإن أَذِنَ له السَّيِّدُ ، جَازَ . وأما المُكَاتَبُ ، فإن كان بِجُعْلٍ ، جازَ ؛ لأنَّ له الكَسْبَ ، وبَذْلَ مَنَافِعِه بغيرِ إذْنِ السَّيِّدِ ، وإن كان بغيرِ جُعْلٍ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه ليس له التَّبَرُّعُ بمَنَافِعِه . ‏٣٥/٤ ظ

فصل : فإن جَعَلَا الرَّهْنَ في يَدَىْ[9] عَدْلَيْنِ ، جَازَ ، ولهما إمْسَاكُه ، ولا يجوزُ لأَحَدِهِما الانْفِرَادُ بِحِفْظِه . وإن سَلَّمَهُ أَحَدُهُما إلى الآخَرِ ، فعليه ضَمَانُ النِّصْفِ ؛ لأنَّه القَدْرُ الذى تَعَدَّى فيه . وهذا أَحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحَابِ الشَّافِعِىِّ ، وفي الآخَرِ ، إذا رَضِىَ أَحَدُهُما بإمْسَاكِ الآخَرِ ، جَازَ . وبهذا قال أبو يوسفَ ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : إن كان مِمَّا يَنْقَسِمُ ، اقْتَسَمَاهُ ، وإلَّا فلِكُلِّ واحِدٍ منهما إمْسَاكُ جَمِيعِه ؛ لأنَّ اجْتِماعَهُما على حِفْظِه يَشُقُّ عليهما ، فحُمِلَ الأمْرُ على أنَّ لِكُلِّ واحدٍ منهما الحِفْظَ . ولَنا ، أنَّ المُتَرَاهِنَيْنِ لم يَرْضَيَا إلَّا بِحِفْظِهِمَا معًا[10] فلم يَجُزْ لأَحَدِهِما الانْفِرَادُ بذلك ، كالوَصِيَّيْنِ لا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُما بالتَّصَرُّفِ . وقولُهم : إن الاجْتِمَاعَ

(٦ - ٦) في ا : « فقبضه » .

(٧) في ا : « واحد » .

(٨) في م : « إذن » .

(٩) في ا ، م : « يد » .

(١٠) سقط من : م .

على الحِفْظِ يَشُقُّ . لَيس كذلك ؛ فإنَّه يُمْكِنُ جَعْلُه فى مَخْزَنٍ لكل واحِدٍ منهما عليه قُفْلٌ .

فصل : وما دَامَ العَدْلُ بِحَالِه ، لم يَتَغَيَّرْ عن الأَمَانَةِ ، ولا حَدَثَتْ بينه وبينَ أحَدِهِما عَدَاوَةٌ ، فليس لأحَدِهما ، ولا لِلْحَاكم ، نَقْلُ الرَّهْنِ عن يَدِهِ ؛ لأنَّهما رَضِيَا به فى الابْتِدَاءِ . وإن اتَّفَقَا على نَقْلِه ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما لم يَعْدُهما . وكذلك لو كان الرَّهْنُ فى يَدِ المُرْتَهِنِ ، فلم يَتَغَيَّرْ حَالُه ، لم يَكُنْ لِلرَّاهِنِ ولا لِلْحَاكِم نَقْلُه عن يَدِه . وإن تَغَيَّرَتْ حالُ العَدْلِ بِفِسْقٍ ، أو ضَعُفٍ عن الحِفْظِ ، أو حَدَثَتْ عَدَاوَةٌ بينه وبينهما ، أو بين أحَدِهِمَا ، فلِمَنْ طَلَبَ نَقْلَهُ عن يَدِه ذلك ، ويَضَعَانِه فى يَدِ مَن يَتَّفِقَانِ عليه ، فإن اخْتَلَفَا ، وَضَعَهُ الحاكِمُ على يَدِ عَدْلٍ ، وإن اخْتَلَفَا فى تَغَيُّرِ حَالِه ، بَحَثَ الحاكِمُ ، وعَمِلَ بما يَظْهَرُ له . وهكذا لو كان فى يَدِ المُرْتَهِنِ ، فتَغَيَّرَتْ حالُهُ فى الثِّقَةِ والحِفْظِ ، فلِلرَّاهِنِ رَفْعُه عن يَدِه إلى الحاكِمِ ، لِيَضَعَهُ فى يَدِ عَدْلٍ . وإذا ادَّعَى الرَّاهِنُ تَغَيُّرَ حَالِ المُرْتَهِنِ ، فأنْكَرَ ، بَحَثَ الحاكِمُ عن ذلك ، وعَمِلَ بما بَانَ له . وإن مَاتَ العَدْلُ أو المُرْتَهِنُ ، لم يكُنْ لِوَرَثَتِهِمَا إمْسَاكُه إلَّا بتَرَاضِيهِمَا ، فإن اتَّفَقَا على ذلك ، جَازَ . وإن اتَّفَقَا على عَدْلٍ يَضَعَانِه على يَدِه ، فلَهُما ذلك ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، فيُفَوَّضُ أمْرُه إليهما . فإن اخْتَلَفَ الرَّاهِنُ والمُرْتَهِنُ عندَ مَوْتِ العَدْلِ ، أو اخْتَلَفَ الرَّاهِنُ ووَرَثَةُ المُرْتَهِنِ ، رَفَعَا الأمْرَ إلى الحاكِمِ ، / لِيَضَعَهُ على يَدِ عَدْلٍ . وإن كان الرَّهْنُ فى يَدِ اثْنَيْنِ ، فماتَ أحَدُهُما ، أو تَغَيَّرَتْ حَالُه ، بِفِسْقٍ ، أو ضَعُفٍ عن الحِفْظِ ، أو عَدَاوَةٍ بين أحَدِ المُتَرَاهِنَيْنِ ، أُقِيمَ مُقَامَه عَدْلٌ يَنْضَمُّ إلى العَدْلِ الآخَرِ ، فيَحْفَظان معا .

٣٦/٤ و

فصل : ولو أرَادَ العَدْلُ رَدَّهُ عليهما ، فلَه ذلك ، وعليهما قَبُولُه . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ؛ لأنَّه أَمِينٌ مُتَطَوِّعٌ بالحِفْظِ ، فلا يَلْزَمُه المُقَامُ عليه . فإن امْتَنَعَا ، أجْبَرَهما الحَاكِمُ . فإن تَغَيَّبَا ، نَصَبَ الحاكِمُ أمِينًا يَقْبِضُه لهما ؛ لأنَّ لِلْحَاكِمِ وِلَايَةً على المُمْتَنِعِ من الحَقِّ الذى عليه . ولو دَفَعَهُ إلى الأمِينِ من غير امْتِنَاعِهِما ، ضَمِنَ ، وضَمِنَ الحاكِمُ ؛ لأنَّه لا وِلَايَةَ له على غيرِ المُمْتَنِعِ . وكذا لو تَرَكَهُ العَدْلُ عند آخَرَ

مع وُجُودِهِمَا ، ضَمِنَ ، وضَمِنَ القَابِضُ . وإن امْتَنَعا ، و لم يَجِدْ حَاكِمًا ، فتَرَكَهُ عند عَدْلٍ آخَرَ ، لم يَضْمَنْ . وإن امْتَنَعَ أحَدُهما ، لم يكُنْ له دَفْعُه إلى الآخَرِ ، فإن فَعَلَ ضَمِنَ ، والفَرْقُ بينهما أنَّ أحَدَهما يُمْسِكُه لِنَفْسِه ، والعَدْلُ يُمْسِكُه لهما ، هذا فيما إذا كانا حَاضِرَيْنِ ، فأمَّا إذا كانا غَائِبَيْنِ ، نَظَرْتَ ، فإن كان لِلعَدْلِ عُذْرٌ من مَرَضٍ أو سَفَرٍ أو نحوِه ، رَفَعَهُ إلى الحاكِمِ ، فقَبَضَهُ منه ، أو نَصَبَ له عَدْلًا يَقْبِضُه لهما ، فإن لم يَجِدْ حاكِمًا ، أَوْدَعَهُ عندَ ثِقَةٍ[11] ، وليس له دَفْعُه إلى ثِقَةٍ يُودِعُه عنده ، مع وُجُودِ الحاكِمِ ، فإن فَعَلَ ضَمِنَ . فإن لم يكن له عُذْرٌ ، وكانت الغَيْبَةُ بَعِيدَةً إلى مَسَافَةِ القَصْرِ ، قَبَضَهُ الحَاكِمُ منه ، فإن لم يَجِدْ حَاكِمًا ، دَفَعَهُ إلى عَدْلٍ . وإن كانت الغَيْبَةُ دون مَسَافَةِ القَصْرِ ، فهو كما لو كانا حَاضِرَيْنِ ؛ لأنَّ ما دونَ مَسَافَةِ القَصْرِ فى حُكْمِ الإقَامَةِ . وإن كان أحَدُهُما حَاضِرًا والآخَرُ غَائِبًا ، فحُكْمُهُما حُكْمُ الغَائِبَيْنِ ، وليس له دَفْعُه إلى الحَاضِرِ منهما . وفى جَمِيعِ هذه الأَقْسَامِ ، متى دَفَعَهُ إلى أحَدِهما لَزِمَهُ رَدُّه إلى يَدِه ، وإن لم يَفْعَلْ ، فعليه ضَمَانُ حَقِّ الآخَرِ .

فصل : إذا كان الرَّهْنُ على يَدِ[12] عَدْلٍ ، وشَرَطَا له أن يَبِيعَه عندَ حُلُولِ الحَقِّ ، صَحَّ ، ويَصِحُّ بَيْعُه . وبه قال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ . فإن عَزَلَ الرَّاهِنُ العَدْلَ عن البَيْعِ ، صَحَّ عَزْلُه ، و لم يَمْلِكِ البَيْعَ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ : لا يَنْعَزِلُ ؛ لأنَّ وَكَالَتَهُ صَارَتْ من حُقُوقِ الرَّهْنِ ، فلم يكُنْ لِلرَّاهِنِ /إسْقَاطُه ، كسَائِرِ حُقُوقِه . وقال ابنُ أبى موسى : ويَتَوَجَّهُ لنا مثلُ ذلك ؛ فإنَّ أحمدَ قد مَنَعَ الحِيلَةَ فى غيرِ مَوْضِعٍ من كُتُبِه ، وهذا يَفْتَحُ بابَ الحِيلَةِ لِلرَّاهِنِ ، فإنَّه يَشْتَرِطُ ذلك لِلْمُرْتَهِنِ ، لِيُجِيبَه إليه ، ثم يَعْزِلَه . والأوَّلُ هو المَنْصُوصُ عنه ؛ لأنَّ الوَكَالَةَ عَقْدٌ جَائِزٌ ، فلم يَلْزَم المَقَامُ عليها ، كسَائِرِ الوَكَالَاتِ ، وكونُه من حُقُوقِ الرَّاهِنِ لا يَمْنَعُ من[13] جَوَازِهِ ، كما لو شَرَطَا الرَّهْنَ فى البَيْعِ ، فإنَّه لا يَصِيرُ لَازِمًا ،

٣٦/٤ ظ

---

(١١) فى م : « نفسه » تحريف .

(١٢) فى الأصل ، ا : « يدى » .

(١٣) سقط من : ا .

وكذلك لو مَاتَ الرَّاهِنُ بعدَ الإِذْنِ ، انْفَسَخَتِ الوَكَالَةُ ، وقِيَاسُ المَذْهَبِ أنَّه متى عَزَلَهُ عن البَيْعِ ، فلِلْمُرْتَهِنِ فَسْخُ البَيْعِ الذى حَصَلَ الرَّهْنُ بِثَمَنِه ، كما لو امْتَنَعَ الرَّاهِنُ من تَسْلِيمِ الرَّهْنِ المَشْرُوطِ فى البَيْعِ ، فأمَّا إن عَزَلَهُ المُرْتَهِنُ ، فلا يَنْعزِلُ ؛ لأنَّ العَدْلَ وَكِيلُ الرَّاهِنِ ، إذِ الرَّهْنُ مِلْكُه ، ولو انْفَرَدَ بِتَوْكِيلِه صَحَّ ، فلم يَنْعَزِلْ بِعزْلِ غيرِه ، لكنْ لا يجوزُ بَيْعُه بغيرِ إذْنِه . وهكذا لو لم يَعْزِلَاهُ ، فحَلَّ الحَقُّ ، لم يَبِعْهُ حتى يَسْتَأْذِنَ المُرْتَهِنَ ؛ لأنَّ البَيْعَ لِحَقِّه ، فلم يَجُزْ حتى يَأْذَنَ فيه ، ولا يَحْتَاجُ إلى تَجْدِيدِ إذْنٍ من الرَّاهِنِ ، فى ظَاهِرِ كَلَامِ أحمدَ ؛ لأنَّ الإِذْنَ قد وُجِدَ مَرَّةً ، فيَكْفِى ، كما فى الوَكَالَةِ فى سائِرِ الحُقُوقِ . وذَكَرَ القاضى وَجْهًا آخَرَ ، أنَّه يَحْتَاجُ إلى تَجْدِيدِ إذْنٍ ؛ لأنَّه قد[14] يكونُ له غَرَضٌ فى قَضَاءِ الحَقِّ مِن غيرِه . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ فإنَّ الإِذْنَ كافٍ ما لم يغيَّرْ ، والغَرَضُ لا اعْتِبَارَ به مع صَرِيحِ الإِذْنِ بخِلَافِه ، بِدَلِيلِ ما لو جَدَّدَ الإِذْنَ له ، بخِلَافِ المُرْتَهِنِ ؛ فإنَّ المَبيعَ يَفْتَقِرُ إلى مُطَالَبَتِه بالحَقِّ ، ومذهبُ الشَّافِعِىِّ نَحْوٌ من هذا .

فصل : ولو أُتْلِفَ الرَّهْنَ فى يَدِ العَدْلِ أجْنَبِىٌّ ، فعلى الجَانِى قِيمَتُه ، تكونُ رَهْنًا فى يَدِه ، ولـه المُطَالَبَةُ بها ؛ لأنَّها بَدَلُ الرَّهْنِ ، وقَائِمَةٌ مقَامَهُ ، وله إمْسَاكُ الرَّهْنِ وحِفْظُه . فإن كان المُتَراهِنَانِ أَذِنَا له فى بَيْعِ الرَّهْنِ ، فقال القاضى : قِياسُ المذهبِ أنَّ له بَيْعَ قِيمَتِه ؛ لأنَّ له بَيْعَ نَمَاءِ الرَّهْنِ تَبَعًا لِلأَصْلِ ، فالقِيمَةُ أَوْلَى . وقال أصْحابُ الشَّافِعِىِّ : ليس له ذلك ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ بالإِذْنِ ، فلا يَمْلِكُ بَيْعَ ما لم يُؤْذَنْ له فى بَيْعِه ، والمَأْذُونُ فى بَيْعِه قد تَلِفَ ، وقِيمَتُه غيرُه . وللقاضى أن يقولَ : إنَّه قد أُذِنَ له فى بَيْعِ الرَّهْنِ ، والقِيمَةُ رَهْنٌ ، يَثْبُتُ لها حُكْمُ الأَصْلِ ، من كَوْنِه يَمْلِكُ المُطَالَبَةَ بها ، وإمْسَاكَها ، واسْتِيفَاءَ دَيْنِه من ثَمَنِها ، فكذلك بَيْعُها ، / فإن كانت القِيمَةُ من جِنْسِ الدَّيْنِ ، وقد أُذِنَ له فى وَفَائِه مِن ثَمَنِ الرَّهْنِ ، مَلَكَ إيفَاءَهُ من القِيمَةِ ؛ ٣٧/٤ و

---

(١٤) سقط من : ا ، م .

لأنَّها بَدَلُ الرَّهْنِ من جِنْسِ الدَّيْنِ ، فأشْبَهتْ ثَمَنَ البَيْعِ .

فصل : وإذا أَذِنَا لِلْعَدْلِ فى البَيْعِ ، وعَيَّنَا له نَقْدًا ، لم يَجُزْ له أن يُخَالِفَهما . وإن اخْتَلَفَا ، فقال أحَدُهما : بِعْهُ بِدَرَاهِم . وقال الآخَرُ : بِدَنَانِيرَ . لم يَقْبَلْ قولَ واحِدٍ منهما ، لأنَّ لِكُلِّ واحِدٍ منهما فيه حَقًّا ، لِلرَّاهِنِ مِلْكُ اليَمِينِ ، ولِلْمُرْتَهِنِ حَقُّ الوَثِيقَةِ واسْتِيفَاءُ حَقِّهِ ، ويَرْفَعُ الأَمْرَ إلى الحَاكِمِ ، فيَأْمُرُ من يَبِيعُه بِنَقْدِ البَلَدِ ، سواءٌ كان من جِنْسِ الحَقِّ أو مِن غيرِ جِنْسِه ، وافَقَ قَوْلَ أحَدِهما أو لم يُوَافِقْ ؛ لأنَّ الحَظَّ فى ذلك ، والأَوْلَى أن يَبِيعَهُ بما يَرَى الحَظَّ فيه ، فإن كان فى البَلَدِ نَقْدَانِ بَاعَهُ بأَغْلَبِهما ، فإن تَسَاوَيَا ، فقال القاضِى : يَبِيعُ بما يُؤَدِّيه اجْتِهَادُه إليه . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه الأَحَظُّ ، والغَرَضُ من تَحْصِيلِ الحَظِّ ، فإن تَسَاوَيَا ، بَاعَ بجِنْسِ الدَّيْنِ ، فإن لم يكُنْ فيها جِنْسُ الدَّيْنِ ، عَيَّنَ له الحاكِمُ ما يَبِيعُه به ، وحُكْمُه حُكْمُ الوَكِيلِ فى وُجُوبِ الاحْتِيَاطِ ، والمَنْعِ من البَيْعِ بدون ثَمَنِ المِثْلِ ، ومن البَيْعِ نَسَاءً ، متى خَالَفَ لَزِمَهُ ما يَلْزَمُ الوَكِيلَ المُخَالِفَ . وذَكَرَ فى البَيْعِ نَسَاءً رِوَايَةً أُخْرَى ، أنَّه يجوزُ بناءً على الوَكِيلِ . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ البَيْعَ هٰهُنا لإِيفَاءِ دَيْنٍ حَالٍّ يَجِبُ تَعْجِيلُه ، والبَيْعُ نَسَاءً يَمْنَعُ ذلك . وكذا نقولُ فى الوَكِيلِ ، متى وُجِدَتْ فى حَقِّهِ قَرِينَةٌ دَالَّةٌ على مَنْعِ البَيْعِ نَسَاءً لم يَجُزْ له ذلك ، وإنَّما الرِّوَايَتَانِ فيه عندَ انْتِفَاءِ القَرَائِنِ . وكُلُّ مَوْضِعٍ حَكَمْنَا بأن البَيْعَ باطِلٌ ، وَجَبَ رَدُّ المَبِيعِ إن كان بَاقِيًا ، فإن تَعَذَّرَ ، فَلِلْمُرْتَهِنِ تَضْمِينُ مَن شَاءَ من العَدْلِ والمُشْتَرِى بأَقَلِّ الأَمْرَيْنِ من قِيمَةِ الرَّهْنِ أو قَدْرِ الدَّيْنِ ؛ لأنَّه يَقْبِضُ قِيمَةَ الرَّهْنِ مُسْتَوْفِيًا لِحَقِّه ، لا رَهْنًا ، فلذلك لم يكُنْ له أن يَقْبِضَ أكْثَرَ من دَيْنِه ، وما بَقِىَ من قِيمَةِ الرَّهْنِ لِلرَّاهِنِ ، يَرْجِعُ به على من شَاءَ منهما . (١٥)وإن اسْتَوْفَى دَيْنَه من الرَّهْنِ ، رَجَعَ الرَّاهِنُ بِقِيمَتِه على مَن شَاءَ منهما(١٥) . ومتى ضَمِنَ المُشْتَرِى لم يَرْجِعْ على أحَدٍ . لأنَّ العَيْنَ تَلِفَتْ فى يَدِه ، وإن ضَمِنَ العَدْلُ رَجَعَ على المُشْتَرِى .

(١٥ - ١٥) تكررت هذه الجملة فى النسخ .

فصل : ومتى قَدَّرَا له ثَمَنًا ، لم يَجُزْ له بَيْعُه بدونِه ، وإن أَطْلَقَا ، فله بَيْعُه بِثَمَنِ مِثْلِه ، أو زِيَادَةٍ عليه . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، وقال أبو حنيفةَ : له بَيْعُه ولو بِدَرَاهِمَ[١٦] والكَلَامُ معه فى الوَكَالَةِ . / فإن أَطْلَقَا ، فبَاعَ بأَقَلَّ من ثِمَنِ المِثْلِ ، ممَّا يَتَغَابَنُ النّاسُ به ، صَحَّ ، ولا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّ ذلك لا يُضْبَطُ غَالِبًا . وإن كان النَّقْصُ ممَّا لا يَتَغَابَنُ الناسُ به ، أو بَاعَ بأَنْقَصَ مما قَدَّرَا[١٧] له ، صَحَّ البَيْعُ ، وضَمِنَ النَّقْصَ كله . ذَكَرَهُ أصْحابُنا . والأَوْلَى أنّه لا يَصِحُّ البَيْعُ ؛ لأنَّه بَيْعٌ لم يُؤْذَنْ له فيه ، فأَشْبَه ما لو خَالَفَ فى النَّقْدِ .

٣٧/٤ ظ

فصل : وإذا بَاعَ العَدْلُ الرَّهْنَ بإِذْنِهما ، وقَبَضَ الثمنَ ، فتَلِفَ فى يَدِه من غير تَعَدٍّ ، فلا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّه أَمِينٌ ، فهو كالوَكِيلِ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا . ويكونُ من ضَمَانِ الرَّاهِنِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ؛ وقال أبو حنيفةَ ومَالِكٌ : من ضَمَانِ المُرْتَهِنِ ؛ لأنَّ البَيْعَ لأَجْلِه . ولَنا ، أنَّه وَكِيلُ الرَّاهِنِ فى البَيْعِ ، والثَّمَنُ مِلْكُه ، وهو أَمِينٌ له فى قَبْضِه ، فإذا تَلِفَ ، كان من ضَمَانِ مُوَكِّلِه ، كسَائِرِ الأُمَنَاءِ . وإن ادَّعَى التَّلَفَ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّه أَمِينٌ ، ويَتَعَذَّرُ عليه إقَامَةُ البَيِّنَةِ على ذلك ، وإن كَلَّفْنَاهُ البَيِّنَةَ ، شَقَّ عليه ، ورُبَّما أَدَّى إلى أن لا يَدْخُلَ الناسُ فى الأَمَانَاتِ . فإن خَالَفَاهُ فى قَبْضِ الثَّمَنِ ، فقالا : ما قَبَضْتَهُ من المُشْتَرِى . وادَّعَى ذلك ، ففيه وَجْهَانِ : أحَدُهما ، القولُ قولُه ، لأنَّه أَمِينٌ . والآخَرُ : لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّ هذا إِبْرَاءٌ لِلْمُشْتَرِى من الثَّمَنِ ، فلا يُقْبَلُ قولُه فيه ، كما لو أَبْرَأَهُ من غير الثَّمَنِ . وإن خَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا ، فالعُهْدَةُ على الرَّاهِنِ دون العَدْلِ ، إذا كان قد أَعْلَمَ المُشْتَرِى أنَّه وَكِيلٌ . وكذلك كُلُّ وَكِيلٍ بَاعَ مالَ غيرِه . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وقال أبو حنيفةَ : العُهْدَةُ على الوَكِيلِ . والكَلَامُ معه فى الوَكَالَةِ . فإن عَلِمَ المُشْتَرِى بعدَ تَلَفِ الثَّمَنِ فى يَدِ العَدْلِ ، رَجَعَ على الرَّاهِنِ ، ولا شىءَ على العَدْلِ . فإن قِيلَ : فلِمَ

---

(١٦) فى ا : « بدرهم » .

(١٧) فى ا : « قدر » . وفى م : « قررا » .

لا يَرْجِعُ المُشْتَرِى على العَدْلِ ، لأنَّه قَبَضَ الثَّمَنَ بغيرِ حَقٍّ ؟ قُلْنا : لأنَّه سَلَّمَهُ إليه على أنَّه أمِينٌ فى قَبْضِه ، يُسَلِّمُه إلى المُرْتَهِنِ . فلذلك لم يَجِبِ الضَّمَانُ عليه ، فأما المُرْتَهِنُ ، فقد بَانَ له أنَّ عَقْدَ الرَّهْنِ كان فَاسِدًا ، فإن كَانَ مَشْرُوطًا فى بَيْعٍ ، ثَبَتَ له الخِيَارُ فيه ، وإلَّا سَقَطَ حَقُّهُ . فإن كان الرَّاهِنُ مُفْلِسًا ، حَيًّا أو مَيِّتًا ، كان المُرْتَهِنُ والمُشْتَرِى أُسْوَةَ الغُرَمَاءِ ؛ لأنَّهم مُتَسَاوُونَ فى ثُبُوتِ حَقِّهِم فى الذِّمَّةِ ، فاسْتَوَوْا فى قِسْمَةِ مَالِه بينهم . فأما إن خَرَجَ مُسْتَحَقًّا بعد ما دَفَعَ الثَّمَنَ إلى المُرْتَهِنِ ، رَجَعَ المُشْتَرِى على المُرْتَهِنِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَرْجِعُ على العَدْلِ ، ويَرْجِعُ / العَدْلُ على أيِّهما شَاءَ من الرَّاهِنِ والمُرْتَهِنِ . ولَنا ، أنَّ عَيْنَ مَالِه صَارَ إلى المُرْتَهِنِ بغيرِ حَقٍّ ، فكان رُجُوعُه عليه كما لو قَبَضَهُ منه ، فأمَّا إن كان المُشْتَرِى رَدَّهُ بعَيْبٍ ، لم يَرْجِعْ على المُرْتَهِنِ ؛ لأنَّه قَبَضَ الثَّمَنَ بِحَقٍّ ، ولا على العَدْلِ ؛ لأنَّه أمِينٌ وَوَكِيلٌ ، ويَرْجِعُ على الرَّاهِنِ . وإن كان العَدْلُ حين بَاعَهُ لم يُعْلِمِ المُشْتَرِىَ أنَّه وَكِيلٌ ، كان لِلْمُشْتَرِى الرُّجُوعُ عليه ، ويَرْجِعُ هو على الرَّاهِنِ ، إن أقَرَّ بذلك ، أو قَامَتْ به بَيِّنَةٌ ، وإن أنْكَرَ ذلك ، فالقولُ قولُ العَدْلِ مع يَمِينِه ، فإن نَكَلَ عن اليَمِينِ ، فَقُضِىَ عليه بالنُّكُولِ ، أو رُدَّتْ اليَمِينُ على المُشْتَرِى ، فحَلَفَ ، ورَجَعَ على العَدْلِ ، لم يَرْجِع العَدْلُ على الرَّاهِنِ ؛ لأنَّه يُقِرُّ أنَّه ظَلَمَهُ . وعلى قولِ الخِرَقِىِّ ، القولُ فى حُدُوثِ العَيْبِ قولُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه . وهو إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أحمدَ . فإذا حَلَفَ المُشْتَرِى ، رَجَعَ على العَدْلِ ، ورَجَعَ العَدْلُ على الرَّاهِنِ . وإن تَلِفَ العَبْدُ المَبِيعُ فى يَدِ المُشْتَرِى ، ثم بَانَ مُسْتَحَقًّا قبلَ وَزْنِ ثَمَنِه ، فلِلْمَغْصُوبِ منه تَضْمِينُ مَن شَاءَ من الغَاصِبِ والعَدْلِ والمُرْتَهِنِ ، ويَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ على المُشْتَرِى ؛ لأنَّ التَّلَفَ فى يَدِه ، هذا إذا عَلِمَ بالغَصْبِ ، وإن لم يكن عَالِمًا ، فهل يَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عليه ، أو على الغَاصِبِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ .

٣٨/٤ و

فصل : فإن ادَّعَى العَدْلُ دَفْعَ الثَّمَنِ إلى المُرْتَهِنِ ، فأنْكَرَ ، فقال القاضى وأبو الخَطَّابِ : يُقْبَلُ قَوْلُه فى حَقِّ الرَّاهِنِ ، ولا يُقْبَلُ فى حَقِّ المُرْتَهِنِ . وهومذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ العَدْلَ وَكِيلُ الرَّاهِنِ فى دَفْعِ الدَّيْنِ إلى المُرْتَهِنِ ، وليس بِوَكِيلٍ

لِلْمُرْتَهِنِ فى ذلك ، إنَّما هو وَكِيلُه فى الحِفْظِ فقط ، فلم يُقْبَلْ قولُه عليه فيما ليس بوَكِيلٍ له فيه ، كما لو وَكَّلَ رَجُلًا فى قَضَاءِ دَيْنٍ ، فادَّعَى أنه سَلَّمَهُ إلى صَاحِبِ الدَّيْنِ . وقال الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ وأبو الخَطَّابِ ، فى رُءُوسِ مَسَائِلِهما : يُقْبَلُ قولُه على المُرْتَهِنِ فى إسْقَاطِ الضَّمَانِ عن نَفْسِه ، ولا يُقْبَلُ فى نَفْيِ[18] الضَّمَانِ عن[19] غيرِه . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه أَمِينٌ ، فقُبِلَ قولُه فى إسْقَاطِ الضَّمَانِ عن نَفْسِه ، كالمُودَعِ[20] يَدَّعِى رَدَّ الوَدِيعَةِ . فعلى هذا ، إذا حَلَفَ العَدْلُ له[21] ، سَقَطَ الضَّمَانُ عنه ، و لم يَثْبُتْ على[22] المُرْتَهِنِ أنَّه قَبَضَهُ . وعلى القولِ الأوَّلِ ، يَحْلِفُ المُرْتَهِنُ ، ويَرْجِعُ على مَن شاءَ منهما ، فإن رَجَعَ على العَدْلِ ، لم يَرْجِع العَدْلُ على الرَّاهِنِ ؛ لأنَّه يقول : ظَلَمَنِي وأخَذَ مِنِّى بغير حَقٍّ . فلم يَرْجِعْ على الرَّاهِنِ ، كما لو غَصَبَهُ مالًا / آخَرَ ، فإن رَجَعَ على الرَّاهِنِ ، فهل يَرْجِعُ الرَّاهِنُ على العَدْلِ ؟ نَظَرْتَ ؛ فإنْ كان دَفَعَهُ إلى المُرْتَهِنِ بِحَضْرَةِ الرَّاهِنِ أو بِبَيِّنَةٍ ، فماتَتْ أو غَابَتْ ، لم يَرْجِعْ عليه ؛ لأنَّه أَمِينٌ و لم يُفَرِّطْ فى القَضَاءِ ، وإن دَفَعَهُ إليه [23]بغَيْرِ بَيِّنَةٍ[23] فى غَيْبَةِ الرَّاهِنِ ، ففيه رِوَايَتَانِ : إحْدَاهما ، يَرْجِعُ الرَّاهِنُ عليه ؛ لأنَّه مُفَرِّطٌ فى القَضَاءِ بغير بَيِّنَةٍ ، فلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كما لو تَلِفَ الرَّهْنُ بتَفْرِيطِه ، ويَحْتَمِلُ أن يكونَ هذا مَعْنَى قولِ الخِرَقِيِّ : ومن أمَرَ رَجُلًا أن يَدْفَعَ إلى رَجُلٍ مَالًا ، وَادَّعَى أنه دَفَعَهُ إليه ، لم يُقْبَلْ قولُه على الآمِرِ إلَّا بِبَيِّنَةٍ . والرِّوَايَةُ الثانيةُ ، لا يَرْجِعُ الرَّاهِنُ عليه ؛ لأنَّه أَمِينٌ فى حَقِّه ، سواءٌ صَدَّقَهُ فى القَضَاءِ أو كَذَّبَهُ ، إلَّا أنَّه إن كَذَّبَهُ فله عليه اليَمِينُ .

٣٨/٤ ظ

(١٨) فى م : « إيجاب » .

(١٩) فى ا ، م : « على » .

(٢٠) فى الأصل ، م : « كالمدعى » .

(٢١) فى م زيادة : « له » .

(٢٢) فى م : « عن » .

(٢٣ - ٢٣) فى م : « بينة » . خطأ .

فصل : إذا غَصَبَ المُرْتَهِنُ الرَّهْنَ من العَدْلِ ، ثم رَدَّهُ إليه ، زَالَ عنه الضَّمَانُ . ولو كان الرَّهْنُ فى يَدِ المُرْتَهِنِ ، فتَعَدَّى فيه ، ثم أَزَالَ التَّعَدِّىَ ، أو سَافَرَ به ثم رَدَّهُ ، لم يَزُلْ عنه الضَّمَانُ ، لأنَّ اسْتِئْمَانَهُ زَالَ بذلك ، فلم يَعُدْ[٢٤] بفِعْلِهِ مع بَقَائِه فى يَدِه ، بخِلَافِ التى قَبْلَها ، فإن رَدَّهُ إلى يَدِ نَائِبِ مَالِكِها ، فأشْبهَ ما لو رَدَّهَا إلى يَدِ[٢٥] مَالِكِهَا .

فصل : وإذا اسْتَقْرَضَ ذِمِّىٌّ من مُسْلِمٍ مَالًا ، ورَهَنَهُ خَمْرًا ، لم يَصِحَّ ، سواءٌ جَعَلَهُ فى[٢٦] يَدِ ذِمِّىٍّ أو غيره ، فإن بَاعَها الرَّاهِنُ ، أو نَائِبُه الذِّمِّىُّ ، وجَاءَ المُقْرِضُ بثَمَنِها ، لَزِمَهُ قَبُولُه . فإن أَبَى ، قِيلَ له : إمَّا أن تَقْبِضَ ، وإمَّا أن تُبْرِىءَ ؛ لأنَّ أَهْلَ الذِّمَّةِ إذا تَقَابَضُوا فى العُقُودِ الفَاسِدَةِ ، جَرَتْ مَجْرَى الصَّحِيحَةِ . قال عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فى أَهْلِ الذِّمَّةِ ، معهم الخُمورُ[٢٧] : وَلُّوهُمْ بَيْعَها ، وخُذُوا من أَثْمانِها . وإن جَعَلَهَا على يَدِ مُسْلِمٍ . فبَاعَها ، لم يُجْبَر المُرْتَهِنُ على قَبُولِ الثَّمَنِ ؛ لأنَّ ذلك البَيْعَ فَاسِدٌ ، لا يُقَرَّانِ عليه ، ولا حُكْمَ له .

٧٨٧ ـ مسألة ؛ قال : (ولا يَرْهَنُ مالَ من أَوْصَى إليه بِحِفْظِ مَالِه إلَّا من ثِقَةٍ)

وجملته أن وَلِىَّ اليَتِيمِ ليس له رَهْنُ مَالِه ، إلَّا عند ثِقَةٍ يُودِعُ مَالَهُ عنده ، لئلا يَجْحَدَهُ أو يُفَرِّطَ فيه فيَضِيعَ . قال القاضى : ليس لِوَلِيِّهِ رَهْنُ مَالِهِ إلَّا بِشَرْطَيْنِ : أَحَدِهما ، أن يكونَ عند ثِقَةٍ . الثانى ، أن يكونَ له فيه حَظٌّ ، وهو أن يكونَ به حَاجَةٌ إلى نَفَقَةٍ ، أو كُسْوَةٍ ، أو إنْفَاقٍ على عَقَارِه المُسْتَهْدِمِ[١] ، أو أَرْضِه ، أو بَهَائِمِه ، ونحو ذلك ، ومَالُه غائِبٌ يَتَوَقَّعُ وُرُودَه ، أو ثَمَرةٌ يَنْتَظِرُها ، أو له دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ يَحِلُّ ،

---

(٢٤) فى م : « يفسد » تحريف .
(٢٥) سقط من : ا ، م .
(٢٦) فى ا ، م : « على » .
(٢٧) فى م : « الخمر » .
(١) فى م : « المتهدم » .

٣٩/٤ و أو مَتَاعٌ / كاسِدٌ يَرْجُو نَفاقَهُ ؛ فيجوزُ لِوَلِيِّهِ الاقْتِرَاضُ وَرَهْنُ مَالِه . وإن لم يكُنْ له شيءٌ يَنْتَظِرُه ، فلا حَظَّ له فى الاقْتِرَاضِ ، فَيَبِيعُ شَيْئًا من أُصُولِ مَالِه ، ويَصْرِفُه فى إنْفاقِه[2] . وإن لم يَجِدْ من يُقْرِضُه ، ووَجَدَ من يَبِيعُه نَسِيئَةً ، وكان أحَظَّ من بَيْعِ أُصُولِه ، جازَ أن يَشْتَرِيَهُ نَسِيئَةً ويَرْهَنَ به شيئا من مَالِه ، والوَصِىُّ والحَاكِمُ وأَمِينُه فى هذا سواءٌ ، وكذلك الأَبُ ، إلَّا أنَّ لِلأَبِ أن يَرْهَنَ من نَفْسِه لِوَلَدِه ولِنَفْسِه من وَلَدِه ، ومَن عَدَاهُ بِخِلَافِه ، على إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ .

فصل : فأمَّا أخْذُ الرَّهْنِ بمالِ اليَتِيمِ ، فيكونُ فى بَيْعٍ أو قَرْضٍ ، وقد ذَكَرْنا القَرْضَ فى بَابِ المُصَرَّاةِ[3] وفى البَيْعِ ثلاثُ مَسائِلَ : إحْدَاهُنَّ ، أن يَبِيعَ ما يُسَاوِى مائةً نَقْدًا بمائةٍ أو دونها نَسِيئَةً ، ويَأْخُذَها رَهْنًا ، فهذا بَيْعٌ فَاسِدٌ ؛ لأنَّ بَيْعَهُ نَقْدًا أَحْوطُ ، وكذلك لو جَعَلَ بعضَ الثَّمَنِ نَسِيئَةً . الثَّانية ، أن يَبِيعَهُ بمائةٍ نَقْدًا وعِشْرِينَ نَسِيئَةً ، يَأْخُذُ بها رَهْنًا ، فهذا جائِزٌ ؛ لأنَّه لو بَاعَهُ بمائةٍ نَقْدًا جازَ ، فإذا زَادَ عليها ، فقد زَادَه خَيْرًا ، سواء قَلَّتِ الزِّيَادَةُ أو كَثُرَتْ . الثَّالثة ، بَاعَهُ بمائةٍ وعِشْرِينَ نَسِيئَةً ، وأخَذَ بها رَهْنًا ، فهذا جَائِزٌ أيضا . ذَكَرَهُ القاضى . وهو قولُ أصْحابِ الشَّافِعِىِّ . وقال بعضُهم : لا يجوزُ ؛ لأنَّه تَغْرِيرٌ بمَالِه ، وبَيْعُ النَّقْدِ أَحْوطُ له . ولَنا ، أنَّ هذا عادَةُ التُّجَّارِ ، وقد أَمَرْناهُ بالتِّجارَةِ وطَلَبِ الرِّبْحِ ، وهذا مِن جِهَاتِه ، والتَّغْرِيرُ يَزُولُ بالرَّهْنِ .

فصل : وحُكْمُ المُكَاتَبِ فيما ذَكَرْنَاهُ حُكْمُ وَلِىِّ اليَتِيمِ ، له أن يَتَصَرَّفَ فيما فى يَدَيْه فيما له فيه الحَظُّ ، فأمَّا المَأْذُونُ ، فإن دَفَعَ له سَيِّدُه مَالًا يَتَّجِرُ فيه ، أو لم يَدْفَعْ إليه ، فقال القاضِى : ليس له التَّصَرُّفُ بالنَّسِيئَةِ ؛ لأنَّ دُيُونَهُ تَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ ، فيَتَضَرَّرُ بذلك ، لأنَّ الدَّيْنَ غَرَرٌ بخِلَافِ المُكَاتَبِ .

---

(٢) فى م : « نفقته » .

(٣) تقدم فى صفحة ٢١٥ .

فصل : ولو كان مَالُ اليَتِيمِ رَهْنًا ، فاسْتَعَادَهُ الوَصِيُّ لِلْيَتِيمِ ، جازَ . وإن اسْتَعَادَهُ لِنَفسِه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فى مَالِ اليَتِيمِ لِنَفسِه ، وعليه الضَّمانُ ؛ لأنَّه قَبَضَهُ على وَجْهٍ ليس له قَبْضُه . وإن فَكَّه بمالِ اليَتِيمِ ، وأطْلَقَ ، فهو لِلْيَتِيمِ . وإن فَكَّه بمالِ نَفْسِه ، وأطْلَقَ ، فالظَّاهِرُ أنَّه اسْتَعادَهُ لِنَفْسِه . فإن قال : اسْتَعَدْتُه لِلْيَتِيمِ بعدَ هَلَاكِه أو هَلَاكِ بعضه . لم يُقْبَلْ قولُه / ، لأنَّنا حَكَمْنا بالضَّمانِ ظَاهِرًا ، فلا يَزُولُ بقَوْلِه . والأَوْلَى أن يُقْبَلَ قولُه ؛ لأنَّه أمِينٌ ، وهو أعْلَمُ بِنِيَّتِه ، فيُقْبَلُ قولُه فيها ، كما قَبْلَ التَّلَفِ[4] .

٣٩/٤ ط

فصل : ولو رَهَنَ الوَصِيُّ أو الحاكِمُ مَالَ اليَتِيمِ عندَ مُكَاتَبِه ، أو وَلَدِه الكَبِير ، صَحَّ ؛ لأنَّه لا وِلَايَةَ له عليهما .

فصل : ولو أوْصَى إلى رَجُلٍ بِقَضَاءِ دَيْنِهِ . فَرَهَنَ شيئا مِن تَرِكَتِه عند الغَرِيمِ ، أو غيرِه ، ضَمِنَ ؛ لأنَّه لم يُؤْذَنْ له فى رَهْنِها ، فضَمِنَ ، كما لو لم يُوصِ إليها[5] بِقَضَاءِ دَيْنِه .

٧٨٨ ـ مسألة ؛ قال : (وَإذَا قَضَاهُ بَعْضَ الْحَقِّ ، كَانَ الرَّهْنُ بِحَالِه عَلَى مَا بَقِىَ)

وجملةُ ذلك أنَّ حَقَّ الوَثِيقَةِ يَتَعَلَّقُ بالرَّهْنِ جَمِيعِه ، فيَصِيرُ مَحْبُوسًا بِكُلِّ الحَقِّ ، وبِكُلِّ جُزْءٍ منه ، لا يَنْفَكُّ منه شىءٌ حتى يَقْضِىَ جَمِيعَ الدَّيْنِ ، سواءٌ كان مِمَّا يُمْكِنُ قِسْمَتُه أو لا يُمْكِنُ . قال ابن المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن أحْفَظُ عنه من أهْلِ العِلْمِ ، على أنَّ مَن رَهَنَ شيئا بمالٍ ، فأدَّى بعضَ المالِ ، وأرَادَ إخْراجَ بعضِ الرَّهْنِ ، أنَّ ذلك ليس له ، ولا يَخْرُجُ شىءٌ حتى يُوَفِّيَهُ آخِرَ حَقِّه ، أو يُبْرِئَهُ مِن ذلك . كذلك قال مالِكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ بِحَقٍّ ، فلا يَزُولُ إلَّا بِزَوَالِ جَمِيعِه ، كالضَّمانِ والشَّهادَةِ .

---

(٤) أى : كما قُبِلَ قبْلَ التلف .

(٥) كذا فى النسخ . ولعل الصواب : « إليه » .

٧٨٩ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإذَا أَعْتَقَ الرَّاهِنُ عَبْدَهُ المَرْهُونَ ، فَقَدْ صَارَ حُرًّا ، وَيُؤْخَذُ إنْ كَانَ لَهُ مالٌ بِقِيمَةِ المُعْتَقِ ، فَيَكُونُ رَهْنًا**)

وجُمْلَةُ ذلك أنَّه ليس لِلرَّاهِنِ عِتْقُ الرَّهْنِ ؛ لأنَّه يُبْطِلُ حَقَّ المُرْتَهِنِ مِن الوَثِيقَةِ ، فإن أَعْتَقَ ، نَفَذَ عِتْقُه مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا . نَصَّ عليه أحمدُ ، وبه قال شَرِيكٌ ، والحَسَنُ بن صَالِحٍ ، وأَصْحابُ الرَّأْيِ ، والشَّافِعِيُّ في أَحَدِ أَقْوَالِه ، إلَّا أنَّ أبا حنيفة قال : يَسْتَسْعِي العَبْدَ في قِيمَتِه إن كان المُعْتِقُ مُعْسِرًا . وعن أحْمَدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى : لا يَنْفُذُ عِتْقُ المُعْسِرِ . ذَكَرَها الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ . وهو قولُ مَالِكٍ ، والقولُ الثاني لِلشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ عِتْقَه يُسْقِطُ حَقَّ المُرْتَهِنِ من الوَثِيقَةِ ، من عَيْنِ الرَّهْنِ وبَدَلِهَا ، فلم يَنْفُذْ ، لما فيه من الإضْرَارِ بالمُرْتَهِنِ ، ولأنَّه عِتْقٌ يُبْطِلُ حَقَّ غيرِ المالِكِ ، فنَفَذَ من المُوسِرِ دون المُعْسِرِ ، كعِتْقِ شِرْكٍ له مِن عَبْدٍ . وقال عَطَاءٌ ، والبَتِّيُّ ، وأبو ثَوْرٍ : لا يَنْفُذُ عِتْقُ الرَّاهِنِ مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا . وهو القولُ الثالثُ للشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه مَعْنًى يُبْطِلُ حَقَّ[1] / الوَثِيقَةِ من الرَّهْنِ ، فلم يَنْفُذْ كالبَيْعِ . ولَنا ، أنَّه إعْتَاقٌ من مَالِكٍ جَائِزِ التَّصَرُّفِ تَامِّ المِلْكِ ، فنَفَذَ ، كعِتْقِ المُسْتَأْجِرِ ، ولأنَّ الرَّهْنَ عَيْنٌ مَحْبُوسَةٌ لاسْتِيفَاءِ الحَقِّ ، فنَفَذَ فيها عِتْقُ المالِكِ ، كالمَبِيعِ في يَدِ البَائِعِ ، والعِتْقُ يُخَالِفُ البَيْعَ ، فإنَّه مَبْنِيٌّ على التَّغْلِيبِ والسِّرَايَةِ ، ويَنْفُذُ في مِلْكِ الغيرِ ، ويجوزُ عِتْقُ المَبِيعِ قبلَ قَبْضِه ، والآبِقِ ، والمَجْهُولِ ، وما لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه ، ويجوزُ تَعْلِيقُه على الشُّرُوطِ ، بخِلَافِ البَيْعِ . إذا ثَبَتَ هذا فإنَّه إن كان مُوسِرًا أُخِذَتْ منه قِيمَتُه ، فجُعِلَتْ مَكَانَه رَهْنًا ؛ لأنَّه أَبْطَلَ حَقَّ الوَثِيقَةِ بغيرِ إذْنِ المُرْتَهِنِ ، فَلَزِمَتْهُ قِيمَتُه ، كما لو أبطَلَها أَجْنَبِيٌّ ، أو كما لو أَتْلَفَه ، وتكونُ القِيمَةُ رَهْنًا ؛ لأنَّها نَائِبَةٌ عن العَيْنِ ، وبَدَلٌ عنها ، وإن كان مُعْسِرًا فالقِيمَةُ في ذِمَّتِه ، فإنْ أَيْسَرَ قبلَ حُلُولِ الحَقِّ ، أُخِذَتْ منه القِيمَةُ فَجُعِلَتْ رَهْنًا ، إلَّا أن يَخْتَارَ تَعْجِيلَ الحَقِّ ، فيَقْضِيَه ، ولا يَحْتَاجُ إلى رَهْنٍ ،

٤٠/٤ و

---

(١) في ا ، م : « حد » .

وإن أَيْسَرَ بعدَ حُلُولِ الحَقِّ ، طُولِبَ بالدَّيْنِ خاصَّةً ؛ لأنَّ ذِمَّته تَبْرَأُ به مِن الحَقَّيْنِ معا . والاعْتِبَارُ بِقِيمَةِ العَبْدِ حالَ الإِعْتَاقِ ، لأنَّه حَالُ الإِتْلَافِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وقال أبو حنيفة ، فى المُعْسِرِ : يَسْتَسْعِى العَبْدَ فى قِيمَتِه ، ثم يَرْجِعُ على الرَّاهِنِ . وفيه إيجَابُ الكَسْبِ على العَبْدِ ، ولا صُنْعَ له ، ولا جِنَايَةَ منه ، وإلْزَامُ الغُرْمِ لمن وُجِدَ منه الإِتْلَافُ أَوْلَى ، كحالِ اليَسَارِ ، وكسائِرِ الإِتْلَافِ .

فصل : وإن أَعْتَقَهُ بإِذْنِ المُرْتَهِنِ ، فلا نَعْلَمُ خِلَافًا فى نُفُوذِ عَتْقِه على كلِّ حالٍ ؛ لأنَّ المَنْعَ كان لِحَقِّ المُرْتَهِنِ ، وقد أَذِنَ ، ويسْقُطُ[2] حَقُّه من الوَثِيقَةِ مُوسِرًا كان المُعْتِقُ أو مُعْسِرًا ، لأنَّه أَذِنَ فيما يُنَافِى حَقَّه ، فإذا وُجِدَ ، زَالَ حَقُّهُ ، وقد رَضِىَ به لِرِضَاهُ بما يُنَافِيه ، وإذْنِه فيه ، فلم يَكُنْ له بَدَلٌ . فإن رَجَعَ عن الإِذْنِ قبلَ العِتْقِ ، وعَلِمَ الرَّاهِنُ بِرُجُوعِه[3]، كان كمَن لم يأْذَنْ ، فإنْ عَلِمَ الرَّاهِنُ بِرُجُوعِه[3] ، فأَعْتَقَ ، ففيه وَجْهانِ ، بنَاءً على عَزْلِ الوَكِيلِ بدُونِ عِلْمِه . وإن رَجَعَ بعدَ العِتْقِ ، لم يَنْفَعْ رُجُوعُه ، والقولُ قولُ المُرْتَهِنِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الإِذْنِ . ولو اخْتَلَفَ الرَّاهِنُ وَوَرَثَةُ المُرْتَهِنِ ، فالقولُ قولُ وَرَثَةِ المُرْتَهِنِ أيضا ، إلَّا أنَّ أَيْمَانَهُم على نَفْىِ العِلْمِ ، لأنَّها على فِعْلِ الغيرِ . وإن اخْتَلَفَ المُرْتَهِنُ وَوَرَثَةُ الرَّاهِنِ ، فالقولُ قولُ المُرْتَهِنِ مع يَمِينِهِ ، وإن لم يَحْلِفْ ، قُضِىَ عليه بالنُّكُولِ .

فصل : وإن تَصَرَّفَ / الرَّاهِنُ . بغير العِتْقِ ، كالبَيْعِ ، والإِجَارَةِ ، والهِبَةِ ، والوَقْفِ ، والرَّهْنِ ، وغيره ، فتَصَرُّفُه باطِلٌ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ يُبْطِلُ حَقَّ المُرْتَهِنِ مِن الوَثِيقَةِ ، غيرُ مَبْنِىٍّ على التَّغْلِيبِ والسِّرَايَةِ ، فلم يَصِحَّ بغيرِ إِذْنِ المُرْتَهِنِ ، كَفَسْخِ الرَّهْنِ . فإن أَذِنَ فيه المُرْتَهِنُ ، صَحَّ ، وبَطَلَ الرَّهْنُ ؛ لأنَّه أَذِنَ فيما يُنَافِى حَقَّه ، فيَبْطُلُ بِفِعْلِه ، كالعِتْقِ . وإن زَوَّجَ الأَمَةَ[4] المَرْهُونَةَ ، لم يَصِحَّ . وهذا اخْتِيَارُ

٤/٤٠ ظ

(٢) فى م : « فيسقط » .

(٣ – ٣) سقط من : م .

(٤) فى ا ، م : « الأم » .

أبى الخَطَّابِ ، وقولُ مالِكٍ والشَّافِعِىّ ، وقال القاضى وجَماعَةٌ من أصْحابِنا : يَصِحُّ ، ولِلْمُرْتَهِنِ مَنْعُ الزَّوْجِ من وَطْئِها ، ومَهْرُهَا رَهْنٌ معها . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ محَلَّ النِّكَاحِ غيرُ مَحلِّ عَقْدِ الرَّهْنِ ، ولذلك صَحَّ رَهْنُ الأَمَةِ المُزَوَّجَةِ ، ولأنَّ الرَّهْنَ لا يُزِيلُ المِلْكَ ، فلا يَمْنَعُ التَّزوِيجَ ، كالإِجارَةِ . ولَنا ، أنَّه تَصَرُّفٌ فى الرَّهْنِ بما يَنْقُصُ ثَمَنَه ، ويَسْتَغِلُّ بعضَ مَنَافِعِه ، فلم يَمْلِكْهُ الرَّاهِنُ بغيرِ رِضَا المُرْتَهِنِ ، كالإِجارَةِ ، ولا يَخْفَى تَنْقِيصُه لِثَمَنِها ، فإنَّه يُعَطِّلُ مَنَافِعَ بعضِها ، ويَمْنَعُ مُشْتَرِيَها مِن وَطْئِها وحِلِّها ، ويُوجِبُ عليه تَمْكِينَ زَوْجِها مِن اسْتِمْتَاعِها فى اللَّيْلِ ، ويُعَرِّضُها بِوَطْئِه لِلْحَمْلِ الذى يُخَافُ منه تَلَفُها ، ويَشْغَلُها عن خِدْمَتِه بتَرْبِيَةِ وَلَدِهَا ، فتَذْهَبُ الرَّغْبَةُ فيها ، وتَنْقُصُ نَقْصًا كَثِيرًا ، ورُبَّما مَنَعَ بَيْعَها بالكُلِّيَّةِ . وقولُهم : إنَّ مَحلَّ عَقْدِ النِّكَاحِ غيرُ مَحلِّ الرَّهْنِ . غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ مَحلَّ الرَّهْنِ مَحلُّ البَيْعِ ، والبَيْعُ يَتَناوَلُ جُمْلَتَها ، ولهذا يُبَاحُ لِمُشْتَرِيها اسْتِمْتَاعُها ، وإنَّما صَحَّ رَهْنُ المُزَوَّجَةِ لِبَقَاءِ مُعْظَم المَنْفَعَةِ فيها ، وبَقَائِها مَحلًّا لِلْبَيْعِ ، كما يَصِحُّ رَهْنُ المُسْتَأْجَرَةِ ، ويُفَارِقُ الرَّهْنُ الإِجارَةَ ؛ فإنَّ التَّزوِيجَ لا يُؤَثِّرُ فى مَقْصُودِ الإِجارَةِ ، ولا يَمْنَعُ المُسْتَأْجِرَ من اسْتِيفَاءِ المَنَافِعِ المُسْتَحَقَّةِ له ، ويُؤَثِّرُ فى مَقْصُودِ الرَّهْنِ ، وهو اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ مِن ثَمَنِها ، فإنَّ تَزْوِيجَها يَمْنَعُ بَيْعَها ، أو يَنْقُصُ ثَمَنَها ، فلا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ بِكَمَالِه .

فصل : ولا يجوزُ لِلرَّاهِنِ وَطْءُ أَمَتِه المَرْهُونَةِ ، فى قولِ أكْثَر أهْلِ العِلْمِ . وقال بعضُ أصْحاب الشَّافِعِىّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : له وَطْءُ الآيِسَةِ والصَّغِيرَةِ ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ فيه ؛ فإنَّ عِلَّةَ المَنْعِ الخَوْفُ من الحَمْلِ ، مَخَافَةَ أن تَلِدَ منه ، فتَخْرُجُ بذلك عن الرَّهْنِ ، أو تَتَعَرَّض لِلتَّلَفِ ، وهذا مَعْدُومٌ فيهما . وأهْلُ العِلْمِ على خِلَافِ هذا . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على أن لِلْمُرْتَهِنِ مَنْعَ الرَّاهِنِ من وَطْءِ أمَتِه المَرْهُونة . ولأنَّ سَائِرَ مَن يَحْرُمُ وَطْؤُهَا لا فَرْقَ فيه بين الآيِسَةِ والصَّغِيرَةِ وغَيْرِهِما ، / كالمُعْتَدَّةِ والمُسْتَبْرَأَةِ والأَجْنَبِيَّةِ ، ولأنَّ الذى تَحْبَلُ فيه يَخْتَلِفُ ، ٤١/٤ و

ولا يَتحرزُ[٥] ، فَمُنِعَ الوَطْءُ جُمْلَةً ، كما حُرِّمَ الخَمْرُ لِلسُّكْرِ ، وحُرِّمَ منه اليَسِيرُ الذى لا يُسْكِرُ ، لِكَوْنِ السُّكْرِ يَخْتَلِفُ . وإن وَطِئَ فلا حَدَّ عليه ؛ لأنَّها مِلْكُه ، وإنما حَرُمَتْ عليه لِعَارِضٍ ، كالمُحْرِمَةِ والصَّائِمَةِ ، ولا مَهْرَ عليه ؛ لأنَّ المُرْتَهِنَ لا حَقَّ له فى مَنْفَعَتِها ، ووَطْؤُها لا يَنْقِصُ قِيمَتَها ، فأشْبَه ما لو اسْتَخْدَمَها . وإن تَلِفَ جُزْءٌ منها أو نَقَصَها ، مثل أن افْتَضَّ البِكْرَ أو أفْضَاها ، فعليه قِيمَةُ ما أتْلَفَ ، [٦]فإن شَاءَ جَعَلَ رَهْنًا[٦] ، وإن شَاءَ جَعَلَهُ قَضَاءً من الحَقِّ ، إن لم يكُنْ حَلَّ . فإنْ كان الحَقُّ قد حَلَّ ، جَعَلَهُ قَضَاءً لا غيرُ ؛ فإنَّه لا فَائِدَةَ فى جَعْلِه رَهْنًا . ولا فَرْقَ بين الكَبِيرَةِ والصَّغِيرَةِ فيما ذَكَرْنَاهُ .

٧٩٠ ـ مسألة ؛ قال : (وإنْ كَانَتْ جَارِيَةً ، فَأَوْلَدَهَا الرَّاهِنُ ، خَرَجَتْ أيضًا مِنَ الرَّهْنِ ، وَأُخِذَ مِنْهُ قِيمَتَهَا ، فَتَكُونُ رَهْنًا)

وجملتُه أنَّ الرَّاهِنَ إذا وَطِئَ أَمَتَه المَرْهُونَةَ ، فأوْلَدَها ، خَرَجَتْ من الرَّهْنِ ، وعليه قِيمَتُها حين أحْبَلَهَا ، كما لو جَرَحَ العَبْدَ كانت عليه قِيمَتُه حين جَرَحَه ، ولا فَرْقَ بين المُوسِرِ والمُعْسِرِ ، إلَّا أنَّ المُوسِرَ يُؤْخَذُ منه قِيمَتُها ، والمُعْسِرَ يكونُ فى ذِمَّتِه قِيمَتُها ، على حَسَبِ ما ذَكَرْنا فى العِتْقِ . وهذا قولُ أصْحَابِ الرَّأْيِ . وقولُ الشَّافِعِىِّ هٰهُنا كقَوْلِه فى العِتْقِ ، إلَّا أنَّه إذا قال له : لا يَنْفُذُ الإِحْبَالُ . فإنَّما هو فى حَقِّ المُرْتَهِنِ ، فأمَّا فى حَقِّ الرَّاهِنِ ، فهو ثَابِتٌ لا يجوزُ له أن يَهَبَها لِلْمُرْتَهِنِ . ولو حَلَّ الحَقُّ وهى حَامِلٌ ، لم يَجُزْ بَيْعُها ؛ لأنَّها حَامِلٌ بحُرٍّ ، فإذا وَلَدَتْ ، لم يَجُزْ بَيْعُها حتى تَسْقِيَ وَلَدَهَا اللِّبَأَ ، فإن وَجَدَ من يُرْضِعُه بِيعَتْ ، وإلَّا تُرِكَتْ حتى تُرْضِعَه ، ثم يُبَاعُ منها بِقَدْرِ الدَّيْنِ خاصَّةً ، ويَثْبُتُ لِلْبَاقِى حُكْمُ الاسْتِيلَادِ[١] ، فإذا مَاتَ

---

(٥) لا يتحرز : لا يمتنع .

(٦ ـ ٦) سقط من : الأصل . وفى م : « فإن شاء جعلها رهنا معه » .

(١) فى م : « الاستيلاء » . هنا وفيما يأتى .

الرَّاهِنُ عَتَقَ . وإن رَجَعَ هذا المَبِيعُ إلى الرَّاهِنِ بإرْثٍ أو بَيْعٍ أو هِبَةٍ أو غير ذلك ، أو بِيعَ جَمِيعُها ، ثم رَجَعَتْ إليه ، ثَبَتَ لها حُكْمُ الاستِيلَادِ . وقال مالِكٌ : إن كانت الأمَةُ تَخْرُجُ إلى الرَّاهِنِ وتأْتِيهِ ، خَرَجَتْ من الرَّهْنِ ، وإن تَسَوَّرَ عليها ، أُخِذَ وَلَدُهَا ، وبِيعَتْ . ولَنا ، أنَّ هذه أُمُّ وَلَدٍ ، فلم يَثْبُتْ فيها حُكْمُ الرَّهْنِ ، كما لو كان الوَطْءُ سَابِقًا على الرَّهْنِ ، أو نَقُولُ : مَعْنًى يُنَافِى الرَّهْنَ فى ابْتِدَائِه ، فنَافَاهُ فى دَوَامِه ، كالحُرِّيَّةِ .

فصل : فإن كان الوَطْءُ بإذْنِ المُرْتَهِنِ ، خَرَجَتْ من الرَّهْنِ ، ولا شىءَ لِلْمُرْتَهِنِ ، لأنَّه أَذِنَ / فى سَبَبِ ما يُنَافِى حَقَّهُ ، فكان إذْنًا فيه . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا . وإن لم تَحْبَلْ ، فهى رَهْنٌ بحَالِها . فإن قيل : إنَّما أَذِنَ فى الوَطْءِ ، ولم يَأْذَنْ فى الإحْبَالِ . قُلْنا : الوَطْءُ هو المُفْضِى إلى الإحْبَالِ ، ولا يَقِفُ ذلك على اخْتِيَارِه ، فالإذْنُ فى سَبَبِه إذْنٌ فيه ، فإن أَذِنَ ثم رَجَعَ ، فهو كمَن لم يَأْذَنْ . وإن اخْتَلَفَا فى الإذْنِ ، فالقولُ قولُ مَن يُنْكِرُه ، وإن أَقَرَّ المُرْتَهِنُ بالإذْنِ ، وأنْكَرَ كَوْنَ الوَلَدِ من الوَطْءِ المَأْذُونِ فيه ، أو قال : هو مِن زَوْجٍ أو زِنًا . فالقولُ قولُ الرَّاهِنِ ، بأَرْبعةِ شُرُوطٍ ؛ أحَدِها ، أن يَعْتَرِفَ المُرْتَهِنُ بالإذْنِ . والثانى ، أن يَعْتَرِفَ بالوَطْءِ . والثالثِ ، أن يَعْتَرِفَ بالوِلَادَةِ . والرابعِ ، أن يَعْتَرِفَ بمُضِىِّ مُدَّةٍ بعدَ الوَطْءِ يُمْكِنُ أن تَلِدَ فيها ، فَحِينَئِذٍ لا يُلْتَفَتُ إلى إنْكَارِه ، ويكونُ القولُ قولَ الرَّاهِنِ بغيرِ يَمِينٍ ؛ لأنَّنا لم نُلْحِقْهُ به بِدَعْوَاه ، بل بالشَّرْعِ . فإن أنْكَرَ شَرْطًا من هذه الشُّرُوطِ ، فقال : لم آذَنْ . أو قال : أَذِنْتُ فما وُطِئَتْ . أو قال : لم تَمْضِ مُدَّةٌ تَضَعُ فيها الحَمْلَ منذُ وُطِئَتْ . أو قال : ليس هذا وَلَدَهَا ، وإنما اسْتَعَارَتْه . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ ذلك كلِّه ، وبَقَاءُ الوَثِيقَةِ صَحِيحَةً حتى تَقُومَ البَيِّنَةُ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ .

فصل : ولو أَذِنَ فى ضَرْبِهَا ، فضَرَبَها فتَلِفَتْ ، فلا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّ ذلك تَوَلَّدَ من المَأْذُونِ فيه ، كتَوَلُّدِ الإحْبَالِ من الوَطْءِ .

فصل : إذا أَقَرَّ الرَّاهِنُ بالوَطْءِ لم يَخْلُ من ثلاثةِ أحْوالٍ ؛ أحَدِها ، أن يُقِرَّ به

٤١/٤ ظ

حالَ العَقْدِ ، أو قبلَ لُزومِه ، فحُكْمُ هـٰذَين واحِدٌ ، ولا يَمْنَعُ ذلك صِحَّةَ العَقْدِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الحَمْلِ ، فإن بَانَتْ حَائِلًا[٢] ، أو حَامِلًا بِوَلَدٍ لا يَلْحَقُ بالرَّاهِنِ ، فالرَّهْنُ بِحَالِه ، وكذلك إن كان يَلْحَقُ به ، لكنْ لا تَصِيرُ به أُمَّ وَلَدٍ ، مثل إنْ وَطِئَها وهى زَوْجَتُه ، ثم مَلَكَها ورَهَنَها . وإن بَانَتْ حَامِلًا بِوَلَدٍ تَصِيرُ به أُمَّ وَلَدٍ ، بَطَلَ الرَّهْنُ ، ولا خِيَارَ لِلْمُرْتَهِنِ ، وإن كان مَشْرُوطًا فى بَيْعٍ ؛ لأنَّه دَخَلَ مع العِلْمِ بأنَّها لا تكونُ رَهْنًا ، فإذا خَرَجَتْ من الرَّهْنِ بذلك السَّبَبِ الذى عَلِمَهُ ، لم يكُنْ له خِيَارٌ ، كالمَرِيضِ إذا مَاتَ ، والجانِى إذ اقْتُصَّ منه . وهذا قولُ أكْثَرِ أصْحابِ الشَّافِعِىّ . وقال بعضُهم : له الخِيارُ ؛ لأنَّ الوَطْءَ نَفْسَه لا يُثْبِتُ الخِيَارَ ، فلم يكُنْ رِضَاهُ به رِضًى بالحَمْلِ الذى يَحْدُثُ منه ، بخِلَافِ الجِنايَةِ والمَرَضِ . ولَنا ، أنَّ إذْنَهُ فى الوَطْءِ إذْنٌ فيما يَؤُولُ إليه ، كذلك رِضَاهُ به رِضًى بما يَؤُولُ إليه . الحالِ الثالث ، / أقَرَّ بالوَطْءِ بعدَ لُزومِ الرَّهْنِ ، فإنَّه يُقْبَلُ فى حَقِّه ، ولا يُقْبَلُ فى حَقِّ المُرْتَهِنِ ؛ لأنَّه أقَرَّ بما يَفْسَخُ عَقْدًا لَازِمًا لغيرِه ، فلم يُقْبَلْ ، كما لو أقَرَّ بعد بَيْعِهَا . ويَحْتَمِلُ أن يُقْبَلَ ؛ لأنَّه أقَرَّ فى مِلْكِه بما لا تُهْمَةَ فيه ، لأنَّه يَسْتَضِرُّ بذلك أكْثَر من نَفْعِه بِخُرُوجِهَا من الرَّهْنِ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ إقْرَارَ الإِنْسانِ على غيرِه لا يُقْبَلُ . وهكذا الحُكْمُ فيما إذا أقَرَّ بأنه غَصَبَها ، أو أنَّها كانتْ جَنَتْ جِنَايَةً تَعَلَّقَ أَرْشُها بِرَقَبَتِها . وللشَّافِعِىّ فى ذلك قَوْلَانِ ، وإن أقَرَّ أنَّه أعْتَقَها ، صَحَّ إقْرارُه ، وخَرَجَتْ من الرَّهْنِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشَّافِعِىُّ فى أحَدِ قَوْلَيْهِ : لا يُقْبَلُ . بنَاءً على أنَّه لا يَصِحُّ إعْتَاقُه لِلرَّهْنِ . ولَنا ، أنَّه لو أعْتَقَه لنَفَذَ عِتْقُه ، فَقُبِلَ إقْرارُه بِعِتْقِه ، كغيرِ الرَّهْنِ ، ولأنَّ إقْرَارَهُ بِعِتْقِه يَجْرِى مَجْرَى عِتْقِه ، فأشْبَه ما لو قال : أنْتَ حُرٌّ . ويَتَخَرَّجُ أن لا يَنْفُذَ إقْرارُ المُعْسِرِ ، بنَاءً على أنَّه لا يَنْفُذُ إعْتَاقُه . وكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنا : القولُ قولُ الرَّاهِنِ . فقال القاضِى : ذلك مع يَمِينِه ؛ لأنَّ كَذِبَهُ مُحْتَمِلٌ . ويَحْتَمِلُ أن لا يُسْتَحْلَفَ ،

٤٢/٤ و

---

(٢) الحائل : كل أنثى لا تحبل .

لأنَّه لو رَجَعَ عن إقْرارِه ، لم يُقْبَلْ ، فلا فَائِدَةَ فى اسْتِحْلَافِه . واخْتَلَفَ أصْحابُ الشَّافِعِىِّ فى اسْتِحْلَافِه ، على نحوِ الوَجْهَيْنِ . والصَّحِيحُ عندى أنَّه إذا أقَرَّ بالعِتْقِ لم يُسْتَحْلَفْ ؛ لأنَّ ذلك جَرَى مَجْرَى قولِه : أنْتَ حُرٌّ . فلم يَحْتَجْ إلى يَمِينٍ ، كما لو صَرَّحَ به . وإن أقَرَّ بالغَصْبِ والجِنَايَةِ ، فإنَّه إن لم يَدَّعِ ذلك المَغْصُوبُ منه والمَجْنِىُّ عليه ، لم يُلْتَفَتْ إلى قولِ الرَّاهِنِ ، وَجْهًا واحِدًا ، وإنِ ادَّعَيَاهُ ، فاليَمِينُ عليهما ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، ورُجُوعُهما عنه مَقْبُولٌ ، فكانت اليَمِينُ عليهما ، كسائِرِ الدَّعَاوَى . وإن أقَرَّ باسْتِيلَادِ أمَتِه ، فعليه اليَمِينُ ؛ لأنَّ نَفْعَها عائِدٌ إليه من حِلِّ اسْتِمْتَاعِها ، ومِلْكِ خِدْمَتِها ، فكانتِ اليَمِينُ عليه ، بخِلَافِ ما قَبْلَها . وإن قُلْنا : القولُ قولُ المُرْتَهِنِ . فعليه اليَمِينُ بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّه لو اعْتَرَفَ ثَبَتَ الحَقُّ فى الرَّهْنِ ، ويَمِينُهُ على نَفْىِ العِلْمِ ، لأنَّها على نَفْىِ فِعْلِ الغيرِ ، فإذا حَلَفَ ، سَقَطَتِ الدَّعْوَى بالنِّسْبَةِ إليه ، ويَبْقَى حُكْمُها فى حَقِّ الرَّاهِنِ ، بحيثُ لو عَادَ إليه الرَّهْنُ ظَهَرَ فيه حُكْمُ إقْرارِه ، وإن أرَادَ المَجْنِىُّ عليه ، أو المَغْصُوبُ منه ، أن يُغَرِّمَاهُ فى الحالِ ، فلهما ذلك ؛ لأنَّه مَنَعَ من اسْتِيفاءِ الجِنَايَةِ بتَصَرُّفِه ، فلَزِمَهُ أرْشُها ، كما لو قَتَلَهُ .

٤٢/٤ ظ

فصل : / ولا يَحِلُّ لِلْمُرْتَهِنِ وَطْءُ الجَارِيَةِ المَرْهُونَةِ إجْمَاعًا ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾[1] . وليست هذه زَوْجَةً ولا مِلْكَ يَمِينٍ . فإن وَطِئَها ، عَالِمًا بالتَّحْرِيمِ ، فعليه الحَدُّ ؛ لأنَّه لا شُبْهَةَ له فيه ، فإنَّ الرَّهْنَ اسْتِيثَاقٌ بالدَّيْنِ ، ولا مَدْخَلَ لذلك فى إباحَةِ الوَطْءِ ، لأنَّ وَطْءَ المُسْتأْجَرَةِ يُوجِبُ الحَدَّ مع مِلْكِه لِنَفْعِها ، فالرَّهْنُ أوْلَى . فإن ادَّعَى الجَهْلَ بالتَّحْرِيمِ ، واحْتَمَلَ صِدْقَهُ لكَوْنِه مِمَّن نَشَأَ بِبادِيَةٍ أو حَدِيثَ عَهْدٍ بالإسلامِ ، فلا حَدَّ عليه ، ووَلَدُه حُرٌّ ؛ لأنَّه وَطِئَها مُعْتَقِدًا إباحَةَ وَطْئِها ، فهو كما لو وَطِئَها يَظُنُّها أمَتَهُ ، وعليه قِيمَةُ وَلَدِها يومَ الوِلَادَةِ ؛ لأنَّ اعْتِقَادَهُ الحِلَّ مَنَعَ انْخِلَاقَ الوَلَدِ رَقِيقًا ، فَفَوَّتَ رِقَّ الوَلَدِ على سَيِّدِها ، فلَزِمَتْهُ قِيمَتُه ، كالمَغْرُورِ بحُرِّيَّةِ أمَةٍ . وإن لم يَحْتَمِلْ صِدْقَه ، كالناشِئِ بِبلادِ

---

(١) سورة المؤمنون ٦ .

المسلمين[٤] ، مُخْتَلِطًا بهم من أَهْلِ العِلْمِ ، لم تُقْبَلْ دَعْوَاهُ ، لأنَّه لا يَخْلُو ممَّن يَسْمَعُ منه ما يَعْلَمُ به تَحْرِيمَ ذلك ، فيكونُ كمَن لم يَدَّعِ الجَهْلَ ، وَوَلَدُه رَقِيقٌ لِلرَّاهِنِ ؛ لأنَّه مِن زِنًا . ولا فَرْقَ فى جَمِيعِ ما ذَكَرْنا بينَ أن يكونَ الوَطْءُ بإِذْنِ الرَّاهِنِ ، أو بغيرِ إِذْنِه . وهذا المَنْصُوصُ عن الشَّافِعِىِّ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَجِبَ قِيمَةُ الوَلَدِ مع الإِذْنِ فى الوَطْءِ . وهو قولُ بعضِ أصْحابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ الإِذْنَ فى الوَطْءِ إذْنٌ فيما يَحْدُثُ منه ، بِدَلِيلِ أنَّه لو أَذِنَ المُرْتَهِنُ للرَّاهِنِ فى الوَطْءِ ، فحَمَلَتْ منه ، سَقَطَ حَقُّه مِن الرَّهْنِ . ولو أَذِنَ فى قَطْعِ إِصْبَعٍ ، فسَرَتْ إلى أُخْرَى ، لم يَضْمَنْهَا . ووَجْهُ الأَوَّلِ أنَّ وُجُوبَ الضَّمانِ يَمْنَعُ انْخِلَاقَ الوَلَدِ رَقِيقًا ، وسَبَبُه اعْتِقَادُ الحِلِّ ، وما حَصَلَ ذلك بِإِذْنِه ، بخِلَافِ الوَطْءِ ، فإنَّ خُرُوجَها مِن الرَّهْنِ بالحَمْلِ الذى الوَطْءُ المَأْذُون فيه سَبَبٌ له . وأمَّا المَهْرُ ، فإن كان الوَطْءُ بإِذْنِ الرَّاهِنِ ، فلا مَهْرَ له . وقال أبو حنيفةَ : يَجِبُ له ؛ لأنَّه يَجِبُ لها ابْتِدَاءً ، فلا يَسْقُطُ بإِذْنِ غيرِها . وعن الشَّافِعِيَّةِ[٥] كالمَذْهَبَيْنِ . ولَنا ، أنَّه أَذِنَ فى سَبَبِه ، وهو حَقُّه ، فلم يَجِبْ ، كما لو أَذِنَ فى قَتْلِها ، ولأنَّ المالِكَ أَذِنَ فى اسْتِيفَاءِ المَنْفَعَةِ ، فلم يَجِبْ عِوَضُها ، كالحُرَّةِ المُطَاوِعَةِ[٦] . وإن كان بغيرِ إِذْنٍ ، فالمَهْرُ واجِبٌ ، سواءٌ أَكْرَهَها أو طَاوَعَتْهُ . وقال الشَّافِعِىُّ : لا يَجِبُ المَهْرُ مع المُطَاوَعةِ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن مَهْرِ البَغِىِّ[٧] . ولأنَّ الحَدَّ إذا وَجَبَ على / المَوْطُوءَةِ لم يَجِبِ المَهْرُ ، كالحُرَّةِ . ولَنا ، أنَّ المَهْرَ يَجِبُ لِلسَّيِّدِ ، فلا يَسْقُطُ بِمُطَاوَعَةِ الأَمَةِ وإِذْنِها ، كما لو أَذِنَتْ فى قَطْعِ يَدِها ، ولأنَّه اسْتَوْفَى هذه المَنْفَعَةَ المَمْلُوكَةَ لِلسَّيِّدِ بغيرِ إِذْنِه ، فكان عليه عِوَضُها ، كما لو أَكْرَهَها ، وكأَرْشِ

٤٣/٤ و

(٤) فى م : « الإسلام » .

(٥) فى م : « الشافعى » .

(٦) فى ا ، م : « والمطاوعة » .

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٥٣ .

بَكارَتِها لو كانت بِكْرًا ، والحَدِيثُ مُخْتَصٌّ[8] بالمُكْرَهَةِ على البِغَاءِ ؛ فإنَّ اللهَ تعالى سَمَّاها بذلك ، مع كَوْنِها مُكْرَهَةً عليه ، فقال : ﴿ وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَاتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا ﴾[9] . وقولُهم : لا يَجِبُ الحَدُّ والمَهْرُ . قُلْنا : لا يَجِبُ المَهْرُ لها ، وفى مَسْأَلَتِنا لا يَجِبُ لها ، وإنَّما يَجِبُ لِسَيِّدِها ، ويُفَارِقُ الحُرَّةَ ، فإنَّ المَهْرَ لو وَجَبَ لوَجَبَ لها ، وقد أَسْقَطَتْ حَقَّها بإِذْنِها ، وهٰهُنا المُسْتَحِقُّ لم يَأْذَنْ ، ولأنَّ الوُجُوبَ فى حَقِّ الحُرَّةِ يفْعَلُه[10] بإكْرَاهِها ، وسُقُوطُهُ بِمُطَاوَعَتِها ، فكذلك السَّيِّدُ هٰهُنا ، لَمَّا تَعَلَّقَ السُّقُوطُ بإِذْنِه ، يَنْبَغِى أن يَثْبُتَ عندَ عَدَمِه ، وسواءٌ وَطِئَها مُعْتَقِدًا لِلْحِلِّ ، أو غيرَ مُعْتَقِدٍ له ، أو ادَّعَى شُبْهَةً ، أو لم يَدَّعِها ؛ لأنَّ المَهْرَ حَقُّ آدَمِىٍّ ، فلا يَسْقُطُ بالشُّبُهَاتِ ، ولا تَصِيرُ هذه الأَمَةُ أُمَّ وَلَدٍ لِلْمُرْتَهِنِ بحالٍ ، سواءٌ مَلَكَها بعدَ الوَضْعِ أو قبلَه ، وسواءٌ حَكَمْنا[11] بِرِقِّ الوَلَدِ[11] أو حُرِّيَّتِه ؛ لأنَّه أَحْبَلَها فى غيرِ مِلْكِه .

٧٩١ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ المَرْهُونُ ، فَالمَجْنِىُّ عَلَيْهِ أَحَقُّ بِرَقَبَتِهِ مِنْ مُرْتَهِنِه ، حَتَّى يَسْتَوْفِىَ حَقَّهُ ، فَإِنِ اخْتَارَ سَيِّدُهُ أَنْ يَفْدِيَهُ وفَعَلَ ، فَهُوَ رَهْنٌ بِحَالِهِ)

وجملتُه أنَّ العَبْدَ المَرْهُونَ إذا جَنَى على إنْسَانٍ ، أو على مَالِه ، تَعَلَّقَتِ الجِنَايَةُ بِرَقَبَتِه ، فكانت مُقَدَّمَةً على حَقِّ المُرْتَهِنِ . لا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا ؛ وذلك لأنَّ الجِنَايَةَ مُقَدَّمَةٌ على حَقِّ المالِكِ ، والمِلْكُ أَقْوَى من الرَّهْنِ ، فأَوْلَى أن يُقَدَّمَ على الرَّهْنِ . فإن قيل : فحَقُّ المُرْتَهِنِ أيضا يُقَدَّمُ على حَقِّ المالِكِ . قُلْنا : حَقُّ المُرْتَهِنِ ثَبَتَ من جِهَةِ المالِكِ بِعَقْدِه ، وحَقُّ الجِنَايَةِ ثَبَتَ بغيرِ اخْتِيَارِه مُقَدَّمًا على حَقِّه ، فيُقَدَّمُ على

---

(٨) فى م : « مخصوص » .

(٩) سورة النور ٣٣ .

(١٠) سقط من : م .

(١١ ـ ١١) تكرر فى م خطأ .

ما ثَبَتَ بعَقْدِه ، ولأنَّ حَقَّ الجنَايَةِ مُخْتَصٌّ بالعَيْنِ ، يَسْقُطُ بفَوَاتِها ، وحَقُّ المُرْتَهِنِ لا يَسْقُطُ بفَوَاتِ العَيْنِ ، ولا يَخْتَصُّ بها ، فكان تَعَلُّقُه بها أخَفَّ وأدْنَى ، فإن كانتْ جِنَايَتُه مُوجِبَةً للقِصَاصِ ، فلِوَلِيِّ الجِنَايَةِ اسْتِيفَاؤُه ، فإن اقْتَصَّ سَقَطَ الرَّهْنُ ، كما لو تَلِفَ ، وإن عَفَا على مالٍ تَعَلَّقَ بِرَقَبَةِ العَبْدِ ، وصارَ كالجِنَايَةِ المُوجِبَةِ للمالِ ، فيُقال لِلسَّيِّدِ : أنْتَ مُخَيَّرٌ بين فِدَائِه وبينَ تَسْلِيمِه لِلْبَيْعِ . فإن اخْتَارَ / فِدَاءَهُ ، فَبِكَمْ يَفْدِيهِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحْداهما ، بأقَلِّ الأمْرَيْنِ من قِيمَتِه أو أرْشِ جِنَايَتِه ؛ لأنَّه إن كان الأرْشُ أقَلَّ ، فالمَجْنِيُّ عليه لا يَسْتَحِقُّ أكْثَرَ من أرْشِ جِنَايَتِه ، وإن كانت القِيمَةُ أقَلَّ ، فلا يَلْزَمُه أكْثَرُ منها ، لأنَّ ما يَدْفَعُه عِوَضٌ عن العَبْدِ ، فلا يَلْزَمُ أكْثَرُ من قِيمَتِه ، كما لو أتْلَفَهُ . والثانية ، يَفْدِيه بأرْشِ جِنَايَتِه بَالِغًا ما بَلَغَ ؛ لأنَّه ربما يَرْغَبُ فيه رَاغِبٌ ، فيَشْتَرِيه بأكْثَرَ من قِيمَتِه ، فإذا فَدَاهُ فهو رَهْنٌ بحالِه ؛ لأنَّ حَقَّ المُرْتَهِنِ قائِمٌ لِوُجُودِ سَبَبِه ، وإنما قُدِّمَ حَقُّ المَجْنِيِّ عليه لِقُوَّتِه ، فإذا زَالَ ظَهَرَ حُكْمُ الرَّهْنِ ، كحَقِّ مَن لا رَهْنَ له مع حَقِّ المُرْتَهِنِ فى تَرِكَةِ مُفْلِسٍ[1] ، إذا أسْقَطَ المُرْتَهِنُ حَقَّهُ ظَهَرَ حُكْمُ الآخَرِ ، فإن امْتَنَعَ قِيلَ لِلْمُرْتَهِنِ : أنْتَ مُخَيَّرٌ بين فِدَائِه وبين تَسْلِيمِه . فإن اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، فَبِكَمْ يَفْدِيه ؟ على الرِّوَايَتَيْنِ . فإن فَدَاهُ بإذْنِ الرَّاهِنِ ، رَجَعَ به عليه ؛ لأنَّه أدَّى الحَقَّ عنه بإذْنِه ، فرَجَعَ به ، كما لو قَضَى دَيْنَه بإذْنِه ، وإن فَدَاهُ مُتَبَرِّعًا ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ . وإن نَوَى الرُّجُوعَ ، فهل يَرْجِعُ بذلك ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً على ما لو قَضَى دَيْنَه بغيرِ إذْنِه . وإن زَادَ فى الفِدَاءِ على الوَاجِبِ ، لم يَرْجِعْ به ، وَجْهًا واحِدًا . ومذهبُ الشَّافِعِيِّ كما ذَكَرْنَا فى هذا الفَصْلِ ، إلَّا أنَّه لا يَرْجِعُ بما فَدَاهُ به بغيرِ إذْنِه ، قَوْلًا واحِدًا . وإن شَرَطَ له الرَّاهِنُ الرُّجُوعَ ، رَجَعَ ، قَوْلًا واحِدًا . وإن قَضَاهُ بإذْنِه من غير شَرْطِ الرُّجُوعِ ، ففيه وَجْهَانِ ، وهذا أصْلٌ يُذْكَرُ فى غير هذا المَوْضِعِ . فإن فَدَاهُ ، وشَرَطَ أن يكون رَهْنًا بالفِدَاءِ مع الدَّيْنِ الأوَّلِ ، فقال القاضى : يجوزُ ذلك ؛ لأنَّ

٤/٤٣ ظ

---

(١) فى ا : « المفلس » .

المَجْنِيّ عليه يَمْلِكُ بَيْعَ العَبْدِ ، وإبْطَالَ الرَّهْنِ ، فصارَ بمَنْزِلَةِ الرَّهْنِ الجائِزِ قبلَ قَبْضِه ، والزِّيَادَةُ فى دَيْنِ الرَّهْنِ قبلَ لُزُومِه جَائِزَةٌ ، ولأنَّ أَرْشَ الجِنَايَةِ مُتَعَلِّقٌ به ، وإنَّما يَنْتَقِلُ من الجِنَايَةِ إلى الرَّهْنِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأن العَبْدَ رُهِنَ بِدَيْنٍ ، فلا يجوزُ رَهْنُه ثانِيًا بِدَيْنٍ سِوَاه ، كما لو رَهَنَهُ بِدَيْنٍ سِوَى هذا . وذَهَبَ أبو حنيفةَ إلى أنَّ ضَمَانَ جِنَايَةِ الرَّهْنِ على المُرْتَهِنِ ، فإن فَدَاهُ لم يَرْجِعْ بالفِدَاءِ ، وإن فَدَاهُ الرَّاهِنُ أو بِيعَ فى الجِنَايَةِ سَقَطَ دَيْنُ الرَّهْنِ ، إن كان بقَدْرِ الفِدَاءِ . وبِنَاءً على أصْلِه فى أن الرَّهْنَ من ضَمَانِ المُرْتَهِنِ . وهذا يأتى الكَلَامُ عليه ، إن شاء اللهُ تعالى . وإذا لم يَفْدِ الجَانِى ، فَبِيعَ فى الجِنَايَةِ التى تَسْتَغْرِقُ قِيمَتَهُ ، بَطَلَ الرَّهْنُ ، وإن لم تَسْتَغْرِقْها ، بِيعَ منه بِقَدْرِ أَرْشِ الجِنَايَةِ ، / وبَاقِيه رَهْنٌ ، إلَّا أن يَتَعَذَّرَ بَيْعُ بعضِه ، فَيُبَاعَ الكُلُّ ، ويُجْعَلَ بَقِيَّةُ الثمنِ رَهْنًا . وقال أبو الخطَّابِ : هل يُبَاعُ منه بِقَدْرِ الجِنَايَةِ ، أم يُبَاع جَمِيعُه ، ويكونُ الفَاضِلُ من ثَمَنِه عن أَرْشِ جِنَايَتِه رَهْنًا ؟ على وَجْهَيْنِ .

٤٤/٤ و

فصل : وإن كانت الجِنَايَةُ على سَيِّدِ العَبْدِ ، فلا يَخْلُو من حَالَيْنِ ؛ أحَدِهما ، أن تكونَ الجِنَايَةُ غيرَ مُوجِبَةٍ لِلْقَوَدِ ، كجِنَايَةِ الخَطَأ ، أو شِبْهِ العَمْدِ ، أو إتْلَافِ مالٍ ، فيكونُ هَدْرًا ، لأنَّ العَبْدَ مالٌ لِسَيِّدِه فلا يَثْبُتُ له مالٌ فى مالِه[٢] . الثانى ، أن تكونَ مُوجِبَةً لِلْقَوَدِ ، فلا يَخْلُو من أن تكونَ على النَّفْسِ أوعلى ما دُونَها ، فإن كانت على ما دونَ النَّفْسِ ، فالحَقُّ لِلسَّيِّدِ ، فإن عَفَا على مالٍ سَقَطَ القِصَاصُ ، و لم يَجِبِ المالُ ؛ لما ذَكَرْنا . وكذلك إن عَفَا على غيرِ مالٍ . وإن أَحَبَّ أن يَقْتَصَّ فله ذلك ؛ لأنَّ السَّيِّدَ لا يَمْلِكُ الجِنَايَةَ على عَبْدِه ، فيَثْبُتُ له ذلك بجِنَايَتِه عليه ، ولأنَّ القِصَاصَ يَجِبُ لِلزَّجْرِ ، والحاجَةُ تَدْعُو إلى زَجْرِه عن سَيِّدِه . فإن اقْتَصَّ ، فعليه قِيمَتُه ، تكونُ رَهْنًا مَكانَه ، وقَضَاءً عن الدَّيْنِ ؛ لأنَّه يُخْرِجُه عن كَوْنِه رَهْنًا باخْتِيَارِه ، فكان عليه بَدَلُه ، كما لو أَعْتَقَهُ . وإن كانت الجِنَايَةُ على النَّفْسِ ، فَلِلْوَرَثَةِ

---

(٢) فى ا ، م : « مال » .

اسْتِيفَاءُ القِصَاصِ ، وليس لهم العَفْوُ على مالٍ . وذَكَرَ القاضى وَجْهًا آخَرَ ، أنَّ لهم ذلك ؛ لأنَّ الجِنَايَةَ حَصَلَتْ فى مِلْكِ غيرِهم ، فكان لهم العَفْوُ على مالٍ ، كما لو جَنَى على أَجْنَبِىٍّ . وللشَّافِعِىِّ قَوْلَانِ ، كالوَجْهَيْنِ[3] . فإن عَفَا بعضُ الوَرَثَةِ ، سَقَطَ القِصَاصُ ، وهل يَثْبُتُ لغيرِ العَافِى نَصِيبُه من الدِّيَةِ ؟ على الوَجْهَيْنِ . ومذهبُ الشَّافِعِىِّ فى هذا الفَصْلِ كلِّه على نحوِ ما ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وإن جَنَى العَبْدُ المَرْهُونُ على عَبْدٍ لِسَيِّدِه ، لم يَخْلُ من حَالَيْنِ ؛ أحَدِهما ، أن لا يكونَ مَرْهُونًا ، فحُكْمُه حُكْمُ الجِنَايَةِ على طَرَفِ سَيِّدِه ، له القِصَاصُ إن كانت جِنَايَتُه مُوجِبَةً له ، وإن عَفَا على مالٍ أو غيرِه ، أو كانت الجِنَايَةُ لا تُوجِبُ القِصَاصَ ، ذَهَبَتْ هَدْرًا ، وسواءٌ كان المَجْنِىُّ عليه قِنًّا أو مُدَبَّرًا أو أُمَّ وَلَدٍ . الحال الثانى ، أن يكونَ رَهْنًا ، فلا يَخْلُو إمَّا أن يكونَ رَهْنًا عند مُرْتَهِنِ القاتِلِ ، أو عندَ غيرِه ، فإن كان عندَ مُرْتَهِنِ القاتِلِ والجِنَايَةُ مُوجِبَةٌ للقِصَاصِ ، فلِلسَّيِّدِ[4] القِصَاصُ . فإن اقْتَصَّ ، بَطَلَ الرَّهْنُ فى المَجْنِىِّ عليه ، / وعليه قِيمَتُه لِلْمُقْتَصِّ منه ، فإن عَفَا على مالٍ ، أو كانت الجِنَايَةُ مُوجِبَةً للمالِ ، وكانا رَهْنًا بحَقٍّ واحِدٍ لجِنَايَتِه ، هُدِرَ ؛ لأنَّ الحَقَّ يَتَعَلَّقُ[5] بكلِّ واحِدٍ منهما ، فإذا قُتِلَ أحَدُهما ، بَقِىَ الحَقُّ مُتَعَلِّقًا بالآخَرِ ، وإن كان كلُّ واحِدٍ منهما مَرْهُونًا بِحَقٍّ مُفْرَدٍ ، ففيه أَرْبَعُ مَسائِلَ ؛ إحْدَاها ، أن يكونَ الحَقَّانِ سواءً ، وقِيمَتُهما سواءً ، فتكونَ الجِنَايَةُ هَدْرًا ، سواءٌ كان الحَقَّانِ من جِنْسَيْنِ ، مثل أن يكونَ أحَدُهما بمائةِ دِينَارٍ والآخَرُ أَلْفَ دِرْهَمٍ قِيمَتُها[6] مائةُ دِينَارٍ ، أو من جِنْسٍ واحِدٍ ؛ لأنَّه لا فَائِدَةَ فى اعْتِبَارِ الجِنَايَةِ . المسألة الثانية ، أن يَخْتَلِفَ الحَقَّانِ وتَتَّفِقَ القِيمَتانِ ، مثل أن يكون دَيْنُ أحَدِهما مائةً ودَيْنُ

٤٤/٤ ظ

---

(٣) فى م : « كالمذهبين » .

(٤) فى م : « فلسيده » .

(٥) فى ا : « متعلق » .

(٦) فى ا زيادة : « قيمة » .

الآخرِ مائتَيْنِ ، وقِيمَةُ كل واحِدٍ منهما مائةٌ ، فإن كان دَيْنُ القاتِلِ أكْثَرَ ، لم يُنْقَلْ إلى دَيْنِ المَقْتُولِ ، لِعَدَمِ الغَرَضِ فيه ، وإن كان دَيْنُ المَقْتُولِ أكْثَرَ ، نُقِلَ إلى القاتِلِ ، لأنَّ لِلْمُرْتَهِنِ غَرَضًا فى ذلك . وهل يُبَاع القاتِلُ ، وتُجْعَلُ قِيمَتُه رَهْنًا مَكانَ المَقْتُولِ ، أو يُنْقَلُ بحالِه ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحَدِهما ، لا يُبَاع ؛ لأنَّه لا فَائِدَةَ فيه . والثانى ، يُبَاع ؛ لأنَّه ربَّما زَادَ فيه مُزَايِدٌ ، فبَلَّغَه أكْثَرَ من ثَمَنِه ، فإن عُرِضَ لِلْبَيْعِ فلم يُزَدْ فيه ، لم يُبَعْ ، لعَدَمِ ذلك . المسألة الثالثة ؛ أنْ يَتَّفِقَ الدَّيْنَانِ وتَخْتَلِفَ القِيمَتَانِ ، بأن يكونَ دَيْنُ كلِّ واحِدٍ منهما مائةً ، وقِيمَةُ أحَدِهِمَا مائةٌ ، والآخَرُ مائتَيْنِ ، فإن كانت قِيمَةُ المَقْتُولِ أكْثَرَ ، فلا غَرَضَ فى النَّقْلِ ، فيَبْقَى بحالِه ، وإن كانت قِيمَةُ الجانِى أكْثَرَ ، بِيعَ منه بِقَدْرِ جِنَايَتِه ، يكونُ رَهْنًا بِدَيْنِ المَجْنِىِّ عليه ، والباقى رَهْنٌ بدَيْنِه ، وإن اتَّفَقَا على تَبْقِيَتِه ونَقْلِ الدَّيْنِ إليه ، صَارَ مَرْهُونًا بهما ، فإن حَلَّ أحَدُ الدَّيْنَيْنِ ، بِيعَ بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّه إن كان دَيْنُه المُعَجَّلَ بِيعَ لِيَسْتَوْفِىَ من ثَمَنِه ، وما بَقِىَ منه رَهْنٌ بالدَّيْنِ الآخَرِ ، فإن كان المُعَجَّلُ بالآخَرِ بِيعَ لِيَسْتَوْفِىَ منه بِقَدْرِه ، والبَاقِى رَهْنٌ بدَيْنِه . المسألة الرابعة ، أن يَخْتَلِفَ الدَّيْنَانِ والقِيمَتَانِ ، مثل أن يكونَ أحَدُ الدَّيْنَيْنِ خَمْسِينَ والآخَرُ ثَمَانِينَ ، وقِيمَةُ أحدِهما مائةٌ والآخَرُ مائتَيْنِ ، فإن كان دَيْنُ المَقْتُولِ أكْثَرَ ، نُقِلَ إليه ، وإلَّا فلا . وأمَّا إن كان المَجْنِىُّ عليه رَهْنًا عندَ غيرِ مُرْتَهِنِ القاتِلِ ، فلِلسَّيِّدِ القِصَاصُ ؛ لأنَّه مُقَدَّمٌ على حَقِّ المُرْتَهِنِ ، بِدَلِيلِ أنَّ الجِنَايَةَ المُوجِبَةَ للمالِ / مُقَدَّمَةٌ عليه ، فالقِصاصُ أوْلَى ، فإن اقْتَصَّ ، بَطَلَ الرَّهْنُ فى المَجْنِىِّ عليه ؛ لأنَّ الجِنَايَةَ عليه لم تُوجِبْ ما لا يُجْعَلُ رَهْنًا مكانَه ، وعليه قِيمَةُ المُقْتَصِّ منه ، وتكونُ[7] رَهْنًا ، لأنَّه أبْطَلَ حَقَّ الوَثِيقَةِ فيه بِاخْتِيَارِه ، ولِلسَّيِّد العَفْوُ على مالٍ ، فتَصِيرُ الجِنَايَةُ كالجِنايَةِ المُوجِبَةِ للمالِ ، فيَثْبُتُ المالُ فى رَقَبَةِ العَبْدِ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ لو جَنَى على العَبْدِ ، لوَجَبَ أرْشُ جِنَايَتِه لِحَقِّ المُرْتَهِنِ ، فبأن يَثْبُتَ على عَبْدِه أوْلَى .

٤٥/٤ و

(٧) سقطت الواو من : ا ، م .

فإن كان الأَرْشُ لا يَسْتَغْرِقُ قِيمَتَه ، بِعْنَا منه بِقَدْرِ أَرْشِ الجِنَايَةِ ، يكونُ رَهْنًا عندَ مُرْتَهِنِ المَجْنِيِّ عليه ، وبَاقِيه بَاقٍ عندَ مُرْتَهِنِه ، وإن لم يُمْكِنْ بَيْعُ بعضِه ، بِيعَ جَمِيعُه ، وقُسِمَ ثَمَنُه بينهما على حَسَبِ ذلك ، يكونُ[8] رَهْنًا . وإن كانت الجِنَايَةُ تَسْتَغْرِقُ قِيمَتَه ، نُقِلَ الجانِى ، فجُعِلَ رَهْنًا عند الآخرِ . ويَحْتَمِلُ أن يُبَاعَ ، لِاحْتِمَالِ أن يَرْغَبَ فيه رَاغِبٌ أَكْثَر من ثَمَنِه ، فيَفْضُلُ من قِيمَتِه شىءٌ يكون رَهْنًا عندَ مُرْتَهِنِه . وهذا كلُّه قولُ الشَّافِعِىِّ .

فصل : فإن كانت الجِنَايَةُ على مَوْرُوثِ سَيِّدِه فيما دون النَّفْسِ ، كأَطْرَافِه أو مَالِه ، فهى كالجِنَايَةِ على أَجْنَبِىٍّ ، وله القِصَاصُ إن كانت مُوجِبَةً له ، والعَفْوُ على مالٍ غيرِه ، وإن كانت مُوجِبَةً للمالِ ابْتِدَاءً ، ثَبَتَ ، فإن انْتَقَلَ ذلك إلى السَّيِّدِ بمَوْتِ المُسْتَحِقِّ ، فله ما لِمُوَرِّثِه من القِصَاصِ والعَفْوِ على مالٍ ؛ لأنَّ الاسْتِدَامَةَ أَقْوَى من الابْتِدَاءِ ، فجَازَ أن يَثْبُتَ بها ما لا يَثْبُتُ فى الابْتِدَاءِ ، وإن كانت الجِنَايَةُ على نَفْسِه بالقَتْلِ ، ثَبَتَ الحُكْمُ لِسَيِّدِه ، وله أن يَقْتَصَّ فيما يُوجِبُ القِصَاصَ . وإن عَفَا على مالٍ ، أو كانت الجِنَايَةُ مُوجِبَةً للمالِ ابْتِدَاءً ، فهل يَثْبُتُ لِلسَّيِّد ؟ فيه وَجْهَانِ ؛ أحَدُهما ، يَثْبُتُ . وهو قولُ بعضِ أصْحابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ الجِنَايَةَ على غيرِه ، فأَشْبَهَتِ الجِنَايَةَ على ما دون النَّفْسِ . والثانى ، لا يَثْبُتُ له مالُه فى عَبْدِه ، ولا له العَفْوُ عليه . وهو قولُ أبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه حَقٌّ ثَبَتَ[9] لِلسَّيِّدِ ابْتِدَاءً ، فلم يكُنْ له ذلك ، كما لو كانت الجِنَايَةُ عليه . وأصْلُ الوَجْهَيْنِ ، وُجُوبُ الحَقِّ فى ابْتِدَائِه هل يَثْبُتُ لِلْقَتِيلِ ثم يَنْتَقِلُ إلى وَارِثِه ، أو يَثْبُتُ لِلْوَارِثِ ابْتِدَاءً ؟ على وَجْهَيْنِ . وكلُّ مَوْضِعٍ يَثْبُتُ له المالُ فى رَقَبَةِ عَبْدِه ، فإنَّه يُقَدَّمُ على الرَّهْنِ ؛ لأنَّه يَثْبُتُ لِلْمَوْرُوثِ كذلك ، فيَنْتَقِلُ إلى وَارِثِه / كذلك ، وإن اقْتَصَّ ٤/٤٥ ظ

(٨) سقط من : م .

(٩) فى م : « يثبت » .

فى هذه الصُّورَةِ لم[10] يَلْزَمْه بَدَلُ الرَّهْنِ ؛ لأنَّه إذا قُدِّمَ المالُ على حَقِّ المُرْتَهِنِ ، فالقِصَاصُ أَوْلَى ، ولأنَّ القِصَاصَ يَثْبُتُ لِلْمَوْرُوثِ مُقَدَّمًا على حَقِّ المُرْتَهِنِ ، فكذلك[11] فى حَقِّ وَارِثِه .

فصل : وإن كانت الجِنايَةُ على مُكَاتَبِ السَّيِّدِ ، فهى كالجِنايَةِ على وَلَدِه ، وتَعْجِيزُه كَمَوْتِ وَلَدِه ، فيما ذَكَرْنَا . واللهُ أعلم .

فصل : فإن جَنَى العَبْدُ المَرْهُونُ بإِذْنِ سَيِّدِه ، وكان مِمَّن يَعْلَمُ تَحْرِيمَ الجِنَايَةِ ، وأنَّه لا يَجِبُ عليه قَبُولُ ذلك من سَيِّدِه ، فهى كالجِنَايَةِ بغيرِ إِذْنِه ، وإن كان أَعْجَمِيًّا ، أو صَبِيًّا لا يَعْلَمُ ذلك ، فالسَّيِّدُ هو القاتِلُ ، والقِصَاصُ والدِّيَةُ مُتَعَلِّقَانِ به ، لا يُبَاعُ العَبْدُ فيها ، مُوسِرًا كان السَّيِّدُ أو مُعْسِرًا كما لو بَاشَرَ السَّيِّدُ القَتْلَ . وذَكَرَ القاضى وَجْهًا آخَرَ ، أنَّ العَبْدَ يُبَاعُ إذا كان السَّيِّدُ مُعْسِرًا ؛ لأنَّه بَاشَرَ الجِنَايَةَ . والصَّحِيحُ الأَوَّلُ ؛ لأنَّ العَبْدَ آلَةٌ ، فلو تَعَلَّقَتِ الجِنَايَةُ به بِيعَ فيها وإن كان السَّيِّدُ مُوسِرًا ، وحُكْمُ إِقْرَارِ العَبْدِ بالجِنَايَةِ ، حُكْمُ إِقْرارِ العَبْدِ غيرِ المَرْهُونِ ، على ما مَضَى بَيَانُه فى مَوْضِعِه .

٧٩٢ ـ مسألة ؛ قال : (وإذَا[1] جُرِحَ العَبْدُ المَرْهُونُ ، أو قُتِلَ ، فَالخَصْمُ فِى ذٰلِكَ سَيِّدُهُ ، ومَا قُبِضَ بِسَبَبِ ذٰلِكَ مِنْ شَىْءٍ فَهُوَ رَهْنٌ)

وجملتُه أنَّه إذا جُنِىَ على الرَّهْنِ ، فَالخَصْمُ فى ذلك سَيِّدُه ؛ لأنَّه مالِكُه ، والأَرْشُ الوَاجِبُ بالجِنَايَةِ مِلْكُه ، وإنَّما لِلْمُرْتَهِن فيه حَقُّ الوَثِيقَةِ ، فصَارَ كالعَبْدِ المُسْتَأْجَرِ والمُودَعِ ، وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، وغيرُه . فإن تَرَكَ المُطَالَبَةَ ، أو أَخَّرَها ، أو كان غَائِبًا ، أو له عُذْرٌ يَمْنَعُه منها ، فَلِلْمُرْتَهِنِ المُطَالَبَةُ بها ؛ لأنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بمُوجِبِهَا ، فكان له الطَّلَبُ به ، كما لو كان الجانِى سَيِّدَه . ثم إن كانت الجِنَايَةُ مُوجِبَةً للقِصَاصِ ،

(١٠) فى م : « لا » .

(١١) سقط من : م .

(١) فى م : « وإن » .

فِللسَّيِّدِ القِصَاصُ ؛ لأنَّه حَقٌّ له ، وإنَّما يَثْبُتُ لِيُسْتَوْفَى ، فإن اقْتَصَّ ، أُخِذَتْ منه قِيمَةُ أَقَلِّهما قِيمَةً ، فجُعِلَتْ مكانَه رَهْنًا . نَصَّ عليه أحْمَدُ ، فى رِوَايَةِ ابن منصورٍ ، وهو[2] قولُ إسْحاقَ . ويَتَخَرَّجُ أن لا يَجِبَ عليه شىءٌ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه لم يَجِبْ بالجِنَايَةِ مالٌ ، ولا استُحِقَّ بحالٍ ، وليس على الرَّاهِنِ أن يَسْعَى لِلْمُرْتَهِنِ فى اكْتِسَابِ مالٍ . ولَنا ، أنَّه أتْلَفَ مالًا استُحِقَّ بِسَبَبِ إتْلافِ الرَّهْنِ ، فغَرِمَ قِيمَتَه ، كما لو كانت الجِنَايَةُ مُوجِبَةً للمالِ ، / وهكذا الحُكْمُ فيما إذا ثَبَتَ القِصَاصُ لِلسَّيِّدِ فى عَبْدِه المَرْهُونِ ، وإنَّما أوْجَبْنا أقَلَّ القِيمَتَيْنِ ، لأنَّ حَقَّ المُرْتَهِنِ إنَّما يَتَعَلَّقُ بالمالِيَّةِ ، والواجِبُ من المالِ هو أقَلُّ القِيمَتَيْنِ ، لأنَّ الرَّهْنَ إن كان أقَلَّ لم يَجِبْ أكْثَرُ من قِيمَتِه ، وإن كان الجانِى أقَلَّ لم يَجِبْ أكْثَرُ من قِيمَتِه ، وإن عَفَا على مالٍ صَحَّ عَفْوُه ، وَوَجَبَ أقَلُّ القِيمَتَيْنِ ، لما ذَكَرْنا . هذا إذا كان القِصَاصُ قَتْلًا ، وإن كان جُرْحًا أو قَلْعَ سِنٍّ ونحوَه ، فالوَاجِبُ بالعَفْوِ أقَلُّ الأمْرَيْنِ ؛ من أرْشِ الجُرْحِ ، أو قِيمَةِ الجانِى . وإن عَفَا مُطْلَقًا ، أو على غيرِ مالٍ ، انْبَنَى ذلك على مُوجِبِ العَمْدِ ما هو ؟ فإن قُلْنا : مُوجِبُه أحَدُ شَيْئَيْنِ . ثَبَتَ المالُ . وإن قُلْنا : مُوجِبُه القِصَاصُ عَيْنًا ، فحُكْمُه حُكْمُ ما لو اقْتَصَّ ؛ إن قُلْنا ثَمَّ : يَجِبُ قِيمَتُه على الرَّاهِنِ . وَجَبَ هٰهُنا . وهو اخْتِيَارُ أبى الخَطَّابِ ؛ لأنَّه فَوَّتَ بَدَلَ الرَّهْنِ بِفِعْلِه ، أشْبَهَ ما لو اقْتَصَّ . وإن قُلْنا : لا يَجِبُ على الرَّاهِنِ شىءٌ ثَمَّ . لم يَجِبْ هٰهُنا شىءٌ . وهو قولُ القاضى ، ومذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه اكْتِسَابُ مالٍ ، فلا يُجْبَرُ عليه . وأمَّا إن كانت الجِنَايَةُ مُوجِبَةً للمالِ ، أو ثَبَتَ المالُ بالعَفْوِ عن الجِنَايَةِ المُوجِبَةِ للقِصَاصِ ، فإنَّه يَتَعَلَّقُ به حَقُّ الرَّاهِنِ والمُرْتَهِنِ ، ويكونُ من غالِبِ نَقْدِ البَلَدِ ، كقِيَمِ المُتْلَفاتِ ، فلو أرادَ الرَّاهِنُ أن يُصالِحَ عنها ، أو يَأْخُذَ حَيَوَانًا عنها ، لم يَجُزْ إلَّا بإذْنِ المُرْتَهِنِ ، فإن أذِنَ فيه جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما لا[3] يَخرجُ عنهما ، وما قَبَضَ مِن شىءٍ فهو رَهْنٌ ، بَدَلًا عن الأوَّلِ ، نائِبًا عنه ،

٤٦/٤ و

---

(٢) فى م : « وهذا » .

(٣) فى م : « أن » .

وقَائِمًا مَقَامَهُ ، فإن عَفَا الرَّاهِنُ عن المالِ ، فقال القاضى : يَسْقُطُ حَقُّ الرَّاهِنِ دون حَقِّ المُرْتَهِنِ ، فَتُؤْخَذُ القِيمَةُ تكون رَهْنًا ، فإذا زَالَ الرَّهْنُ رَجَعَ الأَرْشُ إلى الجانِى ، كما لو أَقَرَّ أن الرَّهْنَ مَغْصُوبٌ أو جَانٍ . وإن اسْتَوْفَى الدَّيْنَ من الأَرْشِ ، احْتَمَلَ أن يَرْجِعَ الجانِى على العَافِى ؛ لأنَّ مَالَهُ ذَهَبَ فى قَضَاءِ دَيْنِه ، فَلَزِمَتْهُ غَرَامَتُه ، كما لو غَصَبَهُ أو اسْتَعَارَهُ فرَهَنَهُ ، واحْتَمَلَ أن لا يَرْجِعَ عليه ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ منهُ فى حَقِّ الجانِى ما يَقْتَضِى وُجُوبَ الضَّمَانِ ، وإنَّما اسْتُوفِىَ بِسَبَبٍ كان منه حالَ مِلْكِه ، فأَشْبَهَ ما لو جَنَى إنْسَانٌ على عَبْدِه . ثم وَهَبَهُ لغيرِه ، فتَلِفَ بالجِنايَةِ السَّابِقَةِ . وقال أبو الخَطَّابِ : يَصِحُّ العَفْوُ مُطْلَقًا ، ويُؤْخَذُ من الرَّاهِنِ قِيمَتُه تكونُ رَهْنًا ؛ لأنه أَسْقَطَ دَيْنَه عن غَرِيمِه ، فصَحَّ ، كسائِرِ دُيُونِه . قال : ولا يُمْكِنُ / كَوْنُه رَهْنًا مع عَدَمِ حَقِّ الرَّاهِنِ فيه ، فلَزِمَتْهُ القِيمَةُ ، لِتَفْوِيتِه حَقَّ المُرْتَهِنِ ، فأَشْبَهَ ما لو تَلِفَ بَدَلُ الرَّهْنِ . وقال الشَّافِعِىُّ : لا يَصِحُّ العَفْوُ أَصْلًا ؛ لأنَّ حَقَّ المُرْتَهِنِ مُتَعَلِّقٌ به ، فلم يَصِحَّ (٤عَفْوُ الرَّاهِنِ عنه٤) كالرَّهْنِ نَفْسِه ، وكما لو وُهِبَ الرَّهْنُ أو غُصِبَ ، فَعُفِىَ عن غَاصِبِه . وهذا أَصَحُّ فى النَّظَرِ ، وإن قال المُرْتَهِنُ : أَسْقَطْتُ حَقِّى من ذلك . سَقَطَ ؛ لأنَّه يَنْفَعُ الرَّاهِنَ ولا يَضُرُّهُ . وإن قال : أَسْقَطْتُ الأَرْشَ . أو : أَبْرَأْتُ منه . لم يَسْقُطْ ؛ لأنَّه مِلْكٌ لِلرَّاهِنِ ، فلا يَسْقُطُ بإسْقَاطِ غيرِه . وهل يَسْقُطُ حَقُّه ؟ فيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهما ، يَسْقُطُ . وهو قولُ القاضى ؛ لأنَّ ذلك يَتَضَمَّنُ إسْقَاطَ حَقِّه ، فإذا لم يَسْقُطْ حَقُّ غيرِه سَقَطَ حَقُّهُ ، كما لو قال : أَسْقَطْتُ حَقِّى وحَقَّ الرَّاهِنِ . والثانى : لا يَسْقُطُ ؛ لأنَّ العَفْوَ والإبْرَاءَ منه لا يَصِحُّ . فلم يَصِحَّ ما تَضَمَّنَهُ .

٤٦/٤ ظ

فصل : وإذا أَقَرَّ رَجُلٌ بالجِنَايَةِ على الرَّهْنِ ، فكَذَّبَاهُ ، فلا شَىْءَ لهما . وإن كَذَّبَهُ المُرْتَهِنُ ، وصَدَّقَهُ الرَّاهِنُ ، فله الأَرْشُ ، ولا حَقَّ لِلْمُرْتَهِنِ فيه ، فإن صَدَّقَهُ المُرْتَهِنُ وَحْدَه ، تَعَلَّقَ حَقُّه بالأَرْشِ ، وله قَبْضُه . فإذا قَضَى الرَّاهِنُ الحَقَّ ، أو أَبْرَأَهُ

(٤ - ٤) فى م : « العفو » .

الْمُرْتَهِنُ ، رَجَعَ الأَرْشُ إلى الجَانِي ، ولا شَيْءَ لِلرَّاهِنِ فيه . وإن[٥] اسْتَوْفَى حَقَّهُ من الأَرْشِ ، لم يَمْلِكِ الجانِي مُطَالَبَةَ الرَّاهِنِ بشيءٍ ؛ لأنَّه مُقِرٌّ له بِاسْتِحْقَاقِه .

فصل : ولو كان الرَّهْنُ أَمَةً حَامِلًا ، فضَرَبَ بَطْنَها أَجْنَبِيٌّ ، فأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا ، ففيه عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ . وإن أَلْقَتْه حَيًّا ثم مَاتَ لِوَقْتٍ يَعِيشُ مثلُه ، ففيه قِيمَتِه . ولا يَجِبُ ضَمَانُ نَقْصِ الوِلَادَةِ ؛ لأنَّه لا يَتَمَيَّزُ نَقْصُها عمَّا وَجَبَ ضَمَانُه من وَلَدِها . ويَحْتَمِلُ أن يَضْمَنَ نَقْصَها بالوِلَادَةِ ؛ لأنَّه حَصَلَ بِفِعْلِه ، فلَزِمَهُ ضَمَانُه ، كما لو غَصَبَها ثم جَنَى عليها . ويَحْتَمِلُ أن يَجِبَ أَكْثَرُ الأَمْرَيْنِ ؛ من نَقْصِها ، أو ضَمَانِ جَنِينِها ؛ لأن سَبَبَ ضَمَانِها وُجِدَ ، فإذا لم يَجْتَمِعْ ضَمَانُهما ، وَجَبَ ضَمَانُ أَكْثَرِهما . وإن ضَرَبَ بَطْنَ بَهِيمَةٍ ، فأَلْقَتْ وَلَدَها مَيِّتًا ، ففيه ما نَقَصَتْها الجِنَايَةُ لا غيرُ ، وما وَجَبَ من ذلك كلِّه فهو رَهْنٌ مع الأُمِّ . وقال الشَّافِعِيُّ : ما وَجَبَ لِنَقْصِ الأُمِّ ، أو لِنَقْصِ البَهِيمَةِ ، فهو رَهْنٌ معها ، وكذلك ما وَجَبَ في وَلَدِها ، وما وَجَبَ في جَنِينِ الأَمَةِ فليس بِرَهْنٍ ؛ لأنَّ نَمَاءَ الرَّهْنِ ليس بِرَهْنٍ . ولَنا ، أنَّ هذا ضَمَانٌ يَجِبُ بِسَبَبِ الجِنَايَةِ على الرَّهْنِ / ، فكان من الرَّهْنِ ، كالوَاجِبِ لِنَقْصِ الوِلَادَةِ [٦]وضَمَانِ وَلَدِ[٦] البَهِيمَةِ . وقولُهم : إنَّ نَمَاءَ الرَّهْنِ لا يَدْخُلُ في الرَّهْنِ . غيرُ مُسَلَّمٍ .

٤٧/٤ و

٧٩٣ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإذَا اشْتَرَى مِنْهُ سِلْعَةً ، عَلَى أَنْ يَرْهَنَهُ بِهَا شَيْئًا مِنْ مَالِه يَعْرِفَانِهِ ، أَوْ عَلَى أنْ يُعْطِيَهُ بالثَّمَنِ حَمِيلًا يَعْرِفَانِه ، فالبَيْعُ جَائِزٌ . فَإنْ أَبَى تَسْلِيمَ الرَّهْنِ ، أو أَبَى الحَمِيلُ أنْ يَتَحَمَّلَ ، فَالْبَائِعُ مُخَيَّرٌ فِي فَسْخِ البَيْعِ ، وَفِي إقَامَتِهِ بِلَا رَهْنٍ ولَا حَمِيلٍ**)

الحَمِيلُ : الضَّمِينُ . وهو فَعِيلٌ بمَعْنَى فَاعِلٍ ، يقال : ضَمِينٌ ، وحَمِيلٌ ،

---

(٥) في م : « وإذا » .

(٦ – ٦) في الأصل ، ا : « وولد » .

وقَبِيلٌ ، وكَفِيلٌ ، وزَعِيمٌ ، وصَبِيرٌ ، بمعنًى واحِدٍ . وجُمْلَةُ ذلك أنَّ البَيْعَ بِشَرْطِ الرَّهْنِ أو الضَّمِينِ صَحِيحٌ ، والشَّرْطُ صَحِيحٌ أيضا ؛ لأنَّه من مَصْلَحَةِ العَقْدِ ، غيرُ مُنَافٍ لِمُقْتَضَاه ، ولا نَعْلَمُ فى صِحَّتِه خِلَافًا إذا كان مَعْلُومًا ، ولذلك قال الخِرَقِىُّ : « يَعْرِفَانِه » فى الرَّهْنِ والضَّمِينِ معا . ومَعْرِفَةُ الرَّهْنِ تَحْصُلُ بأَحَدِ شَيْئَيْنِ ؛ المُشَاهَدَةِ ، أو الصِّفَةِ التى يُعْلَمُ بها المَوْصُوفُ ، كما فى السَّلَمِ . ويَتَعَيَّنُ بالقَبْضِ . وأما الضَّمِينُ فَيُعْلَمُ بالإِشَارَةِ إليه ، أو تَعْرِيفِه بالاسْمِ والنَّسَبِ ، ولا يَصِحُّ بالصِّفَةِ بأن يقولَ : رَجُلٌ غَنِىٌّ . من غير تَعْيِينٍ ؛ لأنَّ الصِّفَةَ لا تَأْتِى عليه . ولو قال : بِشَرْطِ رَهْنٍ أو ضَمِينٍ . كان فَاسِدًا ؛ لأنَّ ذلك يَخْتَلِفُ ، وليس له عُرْفٌ يَنْصَرِفُ إليه بإطْلَاقٍ . ولو قال : بِشَرْطِ رَهْنٍ أَحَدِ هَذَيْنِ العَبْدَيْنِ . أو : يَضْمَنُنِى أَحَدُ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الغَرَضَ يَخْتَلِفُ . فلم يَصِحَّ مع عَدَمِ التَّعْيِينِ ، كالبَيْعِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وحُكِىَ عن مالِكٍ وأبى ثَوْرٍ ، أنَّه يَصِحُّ شَرْطُ الرَّهْنِ المَجْهُولِ ، ويَلْزَمُه أن يَدْفَعَ إليه رَهْنًا بِقَدْرِ الدَّيْنِ ؛ لأنَّه وَثِيقَةٌ ، فجَازَ شَرْطُها مُطْلَقًا ، كالشَّهَادَةِ . وقال أبو حنيفةَ : إذا قال : على أن أُرْهَنَكَ أحَدَ هذين العَبْدَيْنِ . جازَ ؛ لأنَّ بَيْعَهُ جائِزٌ عندَه . ولَنا ، أنَّه شَرَطَ رَهْنًا مَجْهُولًا ، فلم يَصِحَّ ، كما لو شَرَطَ رَهْنَ ما فى كُمِّهِ ، ولأنَّه عَقْدٌ يَخْتَلِفُ فيه المَعْقُودُ عليه ، فلم يَصِحَّ مع الجَهْلِ ، كالبَيْعِ ، وفَارَقَ الشَّهَادَةَ ، فإنَّ لها عُرْفًا فى الشَّرْعِ حُمِلَتْ عليه ، والكلامُ مع أبى حنيفةَ قد مَضَى فى البَيْعِ ، فإنَّ الخِلَافَ فيهما واحِدٌ . إذا ثَبَتَ هذا فإنَّ المُشْتَرِىَ إن وَفَى بالشَّرْطِ ، فسَلَّمَ الرَّهْنَ ، أو حَمَلَ عنه الحَمِيلُ ، لَزِمَ البَيْعُ ، وإن أَبَى تَسْلِيمَ الرَّهْنِ ، أو أَبَى الحَمِيلُ أن يَتَحَمَّلَ عنه ، فلِلْبَائِعِ الخِيَارُ بين فَسْخِ البَيْعِ وبين إتْمامِهِ[1] والرِّضَا به بلا رَهْنٍ ولا حَمِيلٍ ، فإن رَضِىَ به ، لَزِمَهُ / البَيْعُ . وهذا قولُ الشَّافِعِىِّ ، وأَصْحَابِ الرَّأْىِ . ولا يَلْزَمُ المُشْتَرِىَ تَسْلِيمُ الرَّهْنِ . وقال مالِكٌ وأبو ثَوْرٍ : يَلْزَمُ الرَّهْنُ إذا

٤٧/٤ ظ

---

(١) فى م : « إمضائه » .

كان مَشْرُوطًا فى عَقْدِ البَيْعِ . ويُجْبَرُ عليه المُشْتَرِى . وإن وجَدَهُ الحاكِمُ دَفَعَهُ إلى البائِعِ ؛ لأنَّ عَقْدَ البَيْعِ وَقَعَ عليه ، فأشْبَهَ الخِيَارَ . وقال القاضى : ما عدا المَكِيلَ والمَوْزُونَ يَلْزَمُ فيه[2] الرَّهْنُ بمُجَرَّدِ العَقْدِ . وقد مَضَى الكَلَامُ معهم فى أوَّلِ البابِ . ولأنَّه رَهْنٌ ، فلم يَلْزَمْ قبلَ القَبْضِ ، كما لو لم يكن مَشْرُوطًا فى البَيْعِ ، أو كغيرِ المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، وإنَّما لَزِمَ الخِيَارُ والأَجَلُ بالشَّرْطِ ، لأنَّه مِن تَوابِعِ البَيْعِ ، لا يَنفرِدُ بنَفْسِه ، والرَّهْنُ عَقْدٌ مُنْفَرِدٌ[3] بنَفْسِه ليس من التَّوابِعِ ، ولأنَّ الخِيَارَ والأَجَلَ يَثْبُتُ بالقَوْلِ ، ولا يَفْتَقِرُ إلى تَسْلِيمٍ ، فاكْتُفِىَ فى ثُبُوتِه بمُجَرَّدِ القَوْلِ ، بخِلَافِ الرَّهْنِ . وأمَّا الضَّمِينُ ، فلا خِلَافَ فى أنَّه لا يَلْزَمُه الضَّمَانُ ، إذْ لا يَلْزَمُه شَغْلُ ذِمَّتِه وأداءُ دَيْنِ غيرِه باشْتِرَاطِ غيره . ولو وَعَدَهُ بأنَّه يَضْمَنُ ، ثم لم يَفْعَلْ ، لم يَلْزَمْ فى الحُكْمِ ، كما لو وَعَدَهُ أنَّه يَبِيعُه ، ثم أبَى ذلك . ومتى لم يَفِ المُشْتَرِى لِلْبَائِعِ بشَرْطِه ، كان له الفَسْخُ ، كما لو شَرَطَ له[4] صِفَةً فى الثَّمَنِ ، فلم يَفِ بها ، ولأنَّه أحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ ، فإذا لم يَفِ بما شَرَطَ فى العَقْدِ ، ثَبَتَ الخِيَارُ لِصَاحِبِه ، كالبائِعِ إذا شَرَطَ المَبِيعَ[5] على صِفَةٍ ، فبَانَ بخِلَافِها .

فصل : ولو شَرَطَ رَهْنًا ، أو ضَمِينًا مُعَيَّنًا ، فجاءَ بغَيْرِهما ، لم يَلْزَمِ البَائِعَ قَبُولُه ، وإن كان ما أتَى به خَيْرًا من المَشْرُوطِ ، مثل أن يَأْتِىَ بأكْثَرَ قِيمَةً من المَشْرُوطِ ، وحَمِيلٍ أوْثَقَ من المُعَيَّنِ ؛ لأنَّه عَقَدَ على مُعَيَّنٍ ، فلم يَلْزَمْهُ قَبُولُ غيرِه ، كالبَيْعِ ، ولأنَّ الغَرَضَ يَخْتَلِفُ بالأَعْيَانِ ، فمنها ما يَسْهُلُ بَيْعُه والاسْتِيفَاءُ من ثَمَنِه ، ومنها ما هو أقَلُّ مُؤْنَةً وأسْهَلُ حِفْظًا ، وبعضُ الذِّمَمِ أمْلَأُ من بعض ، وأسْهَلُ إيفاءً ، فلا يَلْزَمُه قَبُولُ غيرِ ما عَيَّنَه ، كسَائِرِ العُقُودِ .

---

(٢) سقط من : الأصل ، ا .

(٣) فى ا : « مفرد » .

(٤) سقط من : م .

(٥) فى الأصل : « البيع » .

فصل : وإن تَعَيَّبَ الرَّهْنُ ، أو اسْتَحَالَ العَصِيرُ خَمْرًا قبلَ قَبْضِه ، فلِلْبَائِعِ الخِيَارُ بين قَبْضِه مَعِيبًا ، ورِضَاهُ بلا رَهْنٍ فيما إذا تَخَمَّرَ العَصِيرُ ، وبين فَسْخِ البَيْعِ وَرَدِّ الرَّهْنِ . وإن عَلِمَ بالعَيْبِ بعدَ قَبْضِه ، فكذلك . وليس له مع إمْسَاكِه أَرْشٌ من أَجْلِ العَيْبِ ؛ لأنَّ الرَّهْنَ إنَّما لَزِمَ فيما حَصَلَ قَبْضُه ، وهو المَوْجُودُ ، والجُزْءُ الفَائِتُ لم يَلْزَمْ تَسْلِيمُه ، فلم يَلْزَمِ الأَرْشُ بَدَلًا عنه ، بخِلَافِ / المَبِيعِ . وإن تَلِفَ أو تَعَيَّبَ بعد القَبْضِ ، فلا خِيَارَ للبائِعِ . وإن اخْتَلَفَا فى زَمَنِ حدُوثِ العَيْبِ ، وهو ممَّا لا يَحْتَمِلُ إلَّا قولَ أحَدِهما ، فالقولُ قولُه من غيرِ يَمِينٍ ؛ لأنَّ اليَمِينَ إنَّما تُرَادُ لِدَفْعِ الاحْتِمَالِ ، وهذا لا يَحْتَمِلُ . وإن احْتَمَلَ قَوْلَيْهما معا ، انْبَنَى على اخْتِلَافِ المُتَبَايِعَيْنِ فى حُدُوثِ العَيْبِ فى المَبِيعِ ، وفيه رِوَايَتَانِ ، فيكونُ فيه هٰهُنا وَجْهَانِ ؛ أحَدُهما ، القولُ قولُ الرَّاهِنِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ والشَّافِعِىّ ؛ لأنَّ الأَصْلَ صِحَّةُ العَقْدِ ولُزُومُه . والآخَرُ ، القولُ قولُ المُرْتَهِنِ ، وهو قِياسُ قولِ الخِرَقِىّ ؛ لِقَوْلِه مثلَ ذلك فى البَيْعِ ، لأنَّهما اخْتَلَفَا فى قَبْضِ المُرْتَهِنِ لِلْجُزْءِ الفائِتِ ، فكان القولُ قولَه ، كما لو اخْتَلَفَا فى قَبْضِ جُزْءٍ مُنْفَصِلٍ منه . وإن اخْتَلَفَا فى زَمَنِ التَّلَفِ ، فقال الرَّاهِنُ : بعد القَبْضِ . وقال المُرْتَهِنُ : قبلَه . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ لِلْقَبْضِ . وإن كان الرَّهْنُ عَصِيرًا فَاسْتَحَالَ خَمْرًا ، واخْتَلَفَا فى زَمَنِ اسْتِحَالَتِه ، فالقولُ قولُ الرَّاهِنِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وقال القاضى : يُخَرَّجُ فيه رِوَايةٌ أُخْرَى ، أنَّ القولَ قولُ المُرْتَهِنِ ، كالاخْتِلَافِ فى البَيْعِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ القَبْضِ ، كما لو اخْتَلَفَا فى زَمَنِ التَّلَفِ . ولَنا ، أنَّهما اتَّفَقَا على العَقْدِ والقَبْضِ ، واخْتَلَفَا فيما يَفْسُدُ به ، فكان القولُ قولَ مَن يَنْفِيهِ ، كما لو اخْتَلَفَا فى شَرْطٍ فاسِدٍ ، ويُفَارِقُ اخْتِلَافَهما فى حُدُوثِ العَيْبِ من وَجْهَيْنِ ؛ أحَدِهما ، أنَّهما اتَّفَقَا على القَبْضِ هٰهُنا ، وثَمَّ اخْتَلَفَا فى قَبْضِ الجُزْءِ الفائِتِ . الثانى ، أنَّهما اخْتَلَفَا هنا فيما يُفْسِدُ العَقْدَ ، والعَيْبُ بخِلَافِه .

فصل : ولو وَجَدَ بالرَّهْنِ عَيْبًا بعدَ أن حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ آخَرُ ، فله رَدُّه وفَسْخُ البَيْعِ ؛ لأنَّ العَيْبَ الحادِثَ فى مِلْكِ الرَّاهِنِ لا يَلْزَمُ المُرْتَهِنَ ضَمَانُه ، بخِلَافِ

المَبِيعِ . وخَرَّجَهُ القاضِى على رِوَايَتَيْنِ ، بناءً على البَيْعِ ، فعلى قولِه : لا يَمْلِكُ الرَّدَّ . لا يَمْلِكُ الفَسْخَ . والصَّحِيحُ ما ذَكَرْنَاهُ . وإن هَلَكَ الرَّهْنُ فى يَدِ المُرْتَهِنِ ، ثم عَلِمَ أنَّه كان مَعِيبًا ، لم يَمْلِكْ فَسْخَ البَيْعِ ؛ لأنَّه قد[6] تَعَذَّرَ عليه رَدُّه . فإن قيلَ : فالرَّهْنُ غيرُ مَضْمُونٍ ، ولهذا لا يُمْنَعُ[7] رَدُّه بِحُدُوثِ العَيْبِ فيه . قُلْنا : إنَّما لا[8] تُضْمَنُ قِيمَتُه ، لأنَّ العَقْدَ لم يَقَعْ على مِلْكِه ، وإنَّما وَقَعَ على الوَثِيقَةِ ، فهو مَضْمُونٌ بالوَثِيقَةِ ، أما إذا تَعَيَّبَ فقد رَدَّه ، فَيَسْتَحِقُّ بَدَلَ ما رَدَّه ، وههُنا لم يَرُدَّ شيئا ، فلو أَوْجَبْنَا له بَدَلَه ، لأَوْجَبْنَا على الرَّاهِنِ غيرَ ما شَرَطَ[9] على نَفْسِه .

٤٨/٤ ظ

فصل : /ولو لم يَشْتَرِطَا رَهْنًا فى البَيْعِ ، فتَطَوَّعَ المُشْتَرِى بِرَهْنٍ ، وقَبَضَهُ البائِعُ ، كان حُكْمُه حُكْمَ الرَّهْنِ المَشْرُوطِ فى البَيْعِ ، ولا يَنْفَكُّ شىءٌ مِنه حتى يَقْضِىَ جَمِيعَ الدَّيْنِ ، ولا يَمْلِكُ الرَّاهِنُ انْتِزاعَه ، ولا التَّصَرُّفَ فيه ، إلَّا بإِذْنِ المُرْتَهِنِ ، إلَّا أنَّه إذا رَدَّهُ بِعَيْبٍ أو غيرِه ، لم يَمْلِكْ فَسْخَ البَيْعِ .

فصل : وإذا تَبَايَعَا بِشَرْطِ أن يكونَ المَبِيعُ رَهْنًا[10] على ثَمَنِه ، لم يَصِحَّ . قالَه ابنُ حَامِدٍ . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ المَبِيعَ حِينَ شَرَطَ رَهْنَه لم يكُنْ مِلْكًا له ، وسواءٌ شَرَطَ أنَّه يَقْبِضُه ثم يَرْهَنُه ، أو شَرَطَ رَهْنَه قبلَ قَبْضِه . وَرُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه قال : إذا حَبَسَ المَبِيعَ بِبَقِيَّةِ الثَّمَنِ ، فهو غاصِبٌ ، ولا يكون رَهْنًا إلَّا أن يكونَ شَرَطًا عليه فى نَفْسِ البَيْعِ . وهذا يَدُلُّ على صِحَّةِ الشَّرْطِ ؛ لأنَّه يجوزُ بَيْعُه ، فجَازَ رَهْنُه . وقال القاضى : معنى هذه الرِّوَايَةِ ، أنه شَرَطَ[11] عليه فى نَفْسِ البَيْعِ رَهْنًا غيرَ المَبِيعِ ، فيكونُ له حَبْسُ المَبِيعِ حتى يَقْبِضَ الرَّهْنَ ، وإن لم يَفِ به[12] فُسِخَ

---

(٦) سقط من : م .

(٧) فى ا ، م : « يمتنع » .

(٨) سقط من : ا ، م .

(٩) فى م : « شرطه » .

(١٠) فى ا : « مرهونا » .

(١١) فى الأصل : « شرطه » .

(١٢) فى الأصل زيادة : « وإلا » .

البَيْعُ . فأمَّا شَرْطُهُ[١٣] رَهْنَ المَبِيعِ بِعَيْنِه على ثَمَنِه ، فلا يَصِحُّ ؛ لِوُجُوهٍ ، منها أنَّه غيرُ مَمْلُوكٍ له . ومنها أنَّ البَيْعَ يَقْتَضِى إيفَاءَ الثَّمَنِ من غيرِ المَبِيعِ والرَّهْنُ يَقْتَضِى الوَفَاءَ منه . ومنها أن البَيْعَ يَقْتَضِى تَسْلِيمَ المَبِيعِ أوَّلًا ، ورَهْنُ المَبِيعِ يَقْتَضِى أن لا يُسَلِّمَه حتى يَقْبِضَ الثَّمَنَ . ومنها أنَّ البَيْعَ يَقْتَضِى أن يكونَ إمْسَاكُ المَبِيعِ مَضْمُونًا ، والرَّهْنُ يَقْتَضِى أن لا يكونَ مَضْمُونًا ، وهذا يُوجِبُ تَنَاقُضَ أحْكَامِهما . وظَاهِرُ الرِّوَايَةِ صِحَّةُ رَهْنِه . وقولُهم : إنَّه غيرُ مَمْلُوكٍ . لَنا[١٤] ، إنَّما شَرَطَ رَهْنَه بعد مِلْكِه[١٥] . وقولُهم إنَّ[١٦] البَيْعَ يَقْتَضِى إيفَاءَ الثَّمَنِ من غيرِ المَبِيعِ . غيرُ صَحِيحٍ ، إنما يَقْتَضِى وَفَاءَ الثمنِ مُطْلَقًا ، ولو تَعَذَّرَ وَفَاءُ الثَّمَنِ من غيرِ المَبِيعِ لَاسْتَوْفَى من ثَمَنِه . وقولُهم : البَيْعُ يَقْتَضِى تَسْلِيمَ المَبِيعِ قَبْلَ[١٧] تَسْلِيمِ الثمَنِ . مَمْنُوعٌ . وإن سُلِّمَ فلا يَمْتَنِعُ أن يَثْبتَ بالشَّرْطِ خِلَافُه . كما أنَّ مُقْتَضَى البَيْعِ حُلُولُ الثَّمَنِ وَوُجُوبُ تَسْلِيمِه فى الحالِ ، ولو شَرَطَ التَّأْجِيلَ جازَ ، وكذلك مُقْتَضَى البَيْعِ ثُبُوتُ المِلْكِ فى المَبِيعِ ، والتَّمْكِينُ من التَّصَرُّفِ فيه ، ويَنْتَفِى بِشَرْطِ الخِيَارِ ، وهذا هو الجَوَابُ عن[١٨] الوَجْهِ الثالثِ والرَّابعِ . فأمَّا إن لم يَشْتَرِطْ ذلك فى البَيْعِ ، لكنْ رَهَنَهُ عندَه بعدَ البَيْعِ ، فإن كان بعدَ لُزُومِ البَيْعِ ، فالأوْلَى صِحَّتُه ؛ لأنَّه يَصِحُّ رَهْنُه عندَ غيرِه ، فصَحَّ عندَه كغيرِه ، ولأنَّه يَصِحُّ رَهْنُه على غيرِ ثَمَنِه ، فصَحَّ رَهْنُه على ثَمَنِه . وإن كان قبلَ لُزُومِ البَيْعِ ، انْبَنَى على جَوَازِ التَّصَرُّفِ فى المَبِيعِ ، ففى كلِّ مَوْضِعٍ جازَ التَّصَرُّفُ / فيه جازَ رَهْنُه ، وما لا فلا ؛ لأنَّه نَوْعُ تَصَرُّفٍ ، فأشْبَهَ بَيْعَه . ٤٩/٤ و

---

(١٣) فى ا ، م : « شرط » .

(١٤) فى ا ، م : « قال » .

(١٥) فى م : « هلكته » تحريف .

(١٦) سقط من : ا ، م .

(١٧) فى الأصل : « قبله » . وفى م : « قيل » .

(١٨) فى ا ، م : « على » .

فصل : وإذا شَرَطَ فى البَيْعِ رَهْنًا فَاسِدًا ، كالمُحَرَّمِ ، والمَجْهُولِ ، والمَعْدُومِ ، وما لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه ، أو غيرِ المُعَيَّنِ ، أو شَرَطَ رَهْنَ المَبِيعِ على ثَمَنِه ، ففى فَسَادِ البَيْعِ رِوَايَتَانِ ، مَضَى تَوْجِيهُهُما فى الشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ فى البَيْعِ . واخْتَارَ أبو الخَطَّابِ هٰهُنا فَسَادَ البَيْعِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، وأحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِىّ ، وقد مَضَى ذِكْرُ ذلك .

فصل : والشُّرُوطُ فى الرَّهْنِ تَنْقَسِمُ قِسْمَيْنِ ؛ صَحِيحًا وفَاسِدًا ، فالصَّحِيحُ مثل أن يَشْتَرِطَ كَوْنَه على يَدِ عَدْلٍ عَيَّنَهُ ، أو عَدْلَيْنِ ، أو أكْثَرَ ، أو أن يَبِيعَه العَدْلُ عندَ حُلُولِ الحَقِّ . ولا نَعْلَمُ فى صِحَّةِ هذا خِلَافًا ، وإن شَرَطَ أن يَبِيعَه المُرْتَهِنُ ، صَحَّ . وبه قال أبو حنيفةَ ومالِكٌ . وقال الشَّافِعِىُّ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه تَوْكِيلٌ فيما يَتَنَافَى[19] فيه الغَرَضَانِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو وَكَّلَه فى بَيْعِه من نَفْسِه . وَوَجْهُ التَّنَافِى أن الرَّاهِنَ يُرِيدُ الصَّبْرَ على المَبِيعِ ، والاحْتِيَاطَ فى تَوْفِيرِ الثَّمَنِ ، والمُرْتَهِنَ يُرِيدُ تَعْجِيلَ الحَقِّ ، وإنْجازَ البَيْعِ . ولَنا ، أنَّ ما جَازَ تَوْكِيلُ غيرِ المُرْتَهِنِ فيه ، جَازَ تَوْكِيلُ المُرْتَهِنِ فيه ، كبَيْعِ عَيْنٍ أُخْرَى ، ولأنَّ مَن جَازَ أن يُشْتَرَطَ له الإمْسَاكُ ، جَازَ اشْتِرَاطُ البَيْعِ له ، كالعَدْلِ ، ولا يَضُرُّ اخْتِلَافُ الغَرَضَيْنِ ، إذا كان غَرَضُ المُرْتَهِنِ مُسْتَحقًّا له ، وهو اسْتِيفَاءُ الثَّمَنِ عندَ حُلُولِ الحَقِّ ، وإنْجازِ البَيْعِ ؛ وعلى أنَّ الرَّاهِنَ إذا وَكَّلَهُ مع العِلْمِ بِغَرَضِه ، فقد سَمَحَ له بذلك ، والحَقُّ له ، فلا يَمْنَعُ من السَّمَاحَةِ به ، كما لو وَكَّلَ فَاسِقا فى بَيْعِ مالِه وقَبْضِ ثَمَنِه . ولا نُسَلِّمُ أنَّه لا يجوزُ تَوْكِيلُه فى بَيْعِ شَىءٍ من نَفْسِه ، وإن سَلَّمْنا ، فلأنَّ الشَّخْصَ الواحِدَ يكونُ بَائِعًا مُشْتَرِيًا ، ومُوجِبًا ، قَابِلًا ، وقَابِضًا من نَفْسِه لِنَفْسِه ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وإذا رَهَنَهُ أمَةً ، فشَرَطَ كَوْنَها عندَ امْرَأةٍ ، أو ذِى مَحْرَمٍ لها ، أو كَوْنَها فى يَدِ المُرْتَهِنِ ، أو أجْنَبِىٍّ على وَجْهٍ لا يُفْضِى إلى الخَلْوَةِ بها ، مثل أن يكونَ لهما

---

(١٩) فى الأصل : « ينافى » .

زَوْجَاتٌ ، أو سَرَارِىُّ ، أو نِسَاءٌ مِن مَحَارِمِهِمَا معهما فى دَارِهِمَا ، جَازَ ؛ لأنَّه لا يُفْضِى إلى مُحَرَّمٍ . وإن لم يكُنْ كذلك ، فَسَدَ الشَّرْطُ ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى الخَلْوَةِ المُحَرَّمَةِ ، ولا يُؤْمَنُ عليها . ولا يَفْسُدُ الرَّهْنُ ؛ لأنَّه لا يَعُودُ إلى نَقْصٍ ، ولا ضَرَرٍ فى حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ ، ويكونُ الحُكْمُ فيه كما لو رَهَنَها من غيرِ شَرْطٍ ، يَصِحُّ الرَّهْنُ ، ويَجْعَلُها الحاكِمُ على يَدِ مَن يجوزُ أن تكونَ عنده . وإن كانَ الرَّهْنُ عَبْدًا ، فشَرَطَ مَوْضِعَه ، جَازَ ، / وإن لم يَشْتَرِطْ مَوْضِعَه ، صَحَّ أيضا ، كالأَمَةِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّ لِلأَمَةِ عُرْفًا ، بِخِلَافِ العَبْدِ . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ فإنَّ الأَمَةَ إذا كان المُرْتَهِنُ ممَّن يجوزُ وَضْعُها عنده كالعَبْدِ ، وإذا كان مُرْتَهِنُ العَبْدِ امْرَأَةً لا زَوْجَ لها ، فَشَرَطَتْ كونَه عندَها على وَجْهٍ يُفْضِى إلى خَلْوَتِه بها ، لم يَجُزْ أيضا ، فاسْتَوَيَا .

٤٩/٤ ظ

فصل : والقِسْمُ الثانى ، الشُّرُوطُ الفَاسِدَةُ ، مثلُ أن يَشْتَرِطَ ما يُنَافِى مُقْتَضَى الرَّهْنِ ، نحو أن يَشْتَرِطَ أَلَّا يُبَاعَ الرَّهْنُ عندَ حُلُولِ الحَقِّ ، أو لا يُسْتَوْفَى الدَّيْنُ من ثَمَنِه ، أو لا يُبَاعَ ما خِيفَ تَلَفُه ، أو بَيْعَ الرَّهْنِ بأىِ ثَمَنٍ كان ، أو أن لا يَبِيعَهُ إلَّا بما يُرْضِيهِ . فهذه شُرُوطٌ فاسِدَةٌ ؛ لِمُنَافَاتِها مُقْتَضَى العَقْدِ ، فإنَّ المَقْصُودَ مع الوَفَاءِ بهذه الشُّرُوطِ مَفْقُودٌ . وكذلك إن شَرَطَ الخِيَارَ لِلرَّاهِنِ ، أو أن لا يكونَ العَقْدُ لَازِمًا فى حَقِّه ، أو تَوْقِيتَ الرَّهْنِ ، أو أن يكون رَهْنًا يَوْمًا ويَوْمًا لا[٢٠] ، أو كَوْنَ الرَّهْنِ فى يَدِ الرَّاهِنِ ، أو أن يَنْتَفِعَ به ، أو يَنْتَفِعَ به المُرْتَهِنُ ، أو كَوْنَه مَضْمُونًا على المُرْتَهِنِ أو العَدْلِ ، فهذه كلها فَاسِدَةٌ ؛ لأنَّ منها ما يُنَافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، ومنها ما لا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ ، ولا هو من مَصْلَحَتِه . وإن شَرَطَا شَيْئًا منها فى عَقْدِ الرَّهْنِ ، فقال القاضى : يَحْتَمِلُ أن يَفْسُدَ الرَّهْنُ بها بكلِّ حال ؛ لأنَّ العَاقِدَ إنَّما بَذَلَ مِلْكَه بهذا الشَّرْطِ ، فإذا لم يُسَلَّمْ له ، لم يَصِحَّ العَقْدُ ، لِعَدَمِ الرِّضَى به بدُونِه . وقيل : إن شَرَطَ الرَّهْنَ مُؤَقَّتًا ، أو رَهَنَهُ يَوْمًا ويَوْمًا لا ، فَسَدَ الرَّهْنُ . وهل يَفْسُدُ بِسَائِرِهَا ؟ على وَجْهَيْنِ ،

---

(٢٠) سقط من : الأصل .

بناءً على الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ فى البَيْعِ . ونَصَرَ أبو الخَطَّابِ فى « رُءُوسِ المَسَائِلِ » صِحَّتَهُ ، وبه قال أبو حنيفةَ ، لأنَّ النَّبىَّ ﷺ قال : « لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ »[21] وهو مَشْرُوطٌ فيه شَرْطٌ فاسِدٌ . ولم يُحْكَمْ بفَسَادِه . وقيل : ما يَنْقُصُ حَقَّ المُرْتَهِنِ يُبْطِلُه ، وَجْهًا واحِدًا ، وما لا فعلى وَجْهَيْنِ ، وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ المُرْتَهِنَ شُرِطَتْ له زِيَادَةٌ لم تَصِحَّ له ، فإذا فَسَدَتِ الزِّيَادَةُ لم يَبْطُلْ أَصْلُ الرَّهْنِ .

فصل : وإن شَرَطَ أنه مَتَى حَلَّ الحَقُّ ولم يُوَفِّنِى ، فالرَّهْنُ لى بالدَّيْنِ . أو : فهو مَبِيعٌ لى بالدَّيْنِ الذى عليكَ . فهو شَرْطٌ فَاسِدٌ. رُوِىَ ذلك عن ابنِ عمرَ ، وشُرَيْحٍ ، والنَّخَعِىِّ ، ومالِكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، والشَّافِعِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . لا نَعْلَمُ أحَدًا خالَفَهُم . والأَصْلُ فى ذلك ما رَوَى مُعاوِيَةُ بن عبدِ اللهِ بن جعفرٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لا يَغْلَقُ / الرَّهْنُ » . رَوَاهُ الأَثْرَمُ[22] . قال الأَثْرَمُ : قلتُ لأحمدَ : ما مَعْنَى قَوْله : « لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ » ؟ قال : لا يَدْفَعُ رَهْنًا إلى رَجُلٍ ، ويقولُ : إن جِئْتُكَ بالدَّرَاهِمِ إلى كذا وكذا ، وإلَّا فالرَّهْنُ لك . قال ابنُ المُنْذِرِ : هذا مَعْنَى قَوْلِه : « لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ » عند مالِكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، وأحمدَ . وفى حَدِيثِ مُعاوِيَةَ بن عبد اللهِ بن جعفرٍ ، أنَّ رَجُلًا رَهَنَ دارًا بالمَدِينَةِ إلى أجَلٍ مُسَمًّى ، فمَضَى الأَجَلُ ، فقال الذى ارْتَهَنَ : مَنْزِلِى . فقال النَّبىُّ ﷺ : « لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ » . ولأنَّه عَلَّقَ البَيْعَ على شَرْطٍ ، فإنَّه جَعَلَهُ مَبِيعًا بِشَرْطِ أن لا يُوَفِّيَه الحَقَّ فى مَحِلِّه ، والبَيْعُ المُعَلَّقُ بِشَرْطٍ لا يَصِحُّ ، وإذا شَرَطَ هذا الشَّرْطَ فَسَدَ الرَّهْنُ . ويَتَخَرَّجُ أنْ لا يَفْسُدَ ، لما ذَكَرْنَا فى سَائِرِ الشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ ، وهذا ظَاهِرُ قولِ أبى الخَطَّابِ ، فى « رُءُوسِ المَسَائِلِ » ، واحْتَجَّ بقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ » . فنَفَى غَلْقَه دُونَ أَصْلِه ، فيَدُلُّ على صِحَّتِه ، ولأن الرَّاهِنَ قد رَضِىَ بِرَهْنِه مع هذا الشَّرْطِ ، فمع بُطْلَانِه أَوْلَى أن يَرْضَى به . ولَنا ،

٥٠/٤ و

(٢١) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٤٤ .

(٢٢) وهذه الرواية عن معاوية عند البيهقى أيضا . انظر التخريج السابق .

أنَّه رَهْنٌ بِشَرْطٍ فَاسِدٍ ، فكان فَاسِدًا ، كما لو شَرَطَ تَوْفِيَتَه ، وليس فى الخَبَرِ أنَّه شَرَطَ ذلك فى ابْتِدَاءِ العَقْدِ ، فلا يكونُ فيه حُجَّةٌ .

فصل : ولو قال الغَرِيمُ : رَهَنْتُكَ عَبْدِى هذا ، على أن تَزِيدَنِى فى الأَجَلِ . كان بَاطِلًا ؛ لأنَّ الأَجَلَ لا يَثْبُتُ فى الدَّيْنِ ، إلَّا أن يكونَ مَشْرُوطًا فى عَقْدٍ وَجَبَ به ، فإذا لم يَثْبُتِ الأَجَلُ ، لم يَصِحَّ الرَّهْنُ ، لأنَّه جَعَلَهُ فى مُقَابَلَتِه ، ولأنَّ ذلك يُضَاهِى رِبَا الجَاهِلِيَّةِ ، كانوا يَزِيدُونَ فى الدَّيْنِ لِيَزْدَادُوا فى الأَجَلِ .

فصل : إذا كان له على رَجُلٍ أَلْفٌ ، فقال : أَقْرِضْنِى أَلْفًا ، بِشَرْطِ أن أَرْهَنَكَ عَبْدِى هذا بالأَلْفَيْنِ . فنَقَلَ حَنْبَلٌ ، عن أحمدَ ، أنَّ القَرْضَ باطِلٌ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه قَرْضٌ يَجُرُّ مَنْفَعَةً ، وهو الاسْتِيثَاقُ بالأَلْفِ الأَوَّلِ . وإذا بَطَلَ القَرْضُ بَطَلَ الرَّهْنُ . فإنْ[23] قيل : أليس لو شَرَطَ أنَّه يُعْطِيَه رَهْنًا بما يَقْتَرِضُه جازَ ؟ قُلْنا : ليس هذا قَرْضًا جَرَّ مَنْفَعَةً ؛ لأنَّ غَايَةَ ما حَصَلَ له تَأْكِيدُ الاسْتِيفَاءِ لِبَدَلِ ما أَقْرَضَهُ ، وهو مِثْلُه ، والقَرْضُ يَقْتَضِى وُجُوبَ الوَفَاءِ ، وفى مَسْأَلَتِنَا شَرَطَ فى هذا القَرْضِ الاسْتِيثَاقَ لِدَيْنِه الأَوَّل ، فقد شَرَطَ اسْتِيثَاقًا لغيرِ مُوجِبِ القَرْضِ . ونَقَلَ مُهَنَّا أنَّ القَرْضَ صَحِيحٌ . ولعلَّ أحمدَ حَكَمَ بِصِحَّةِ القَرْضِ مع فَسَادِ الشَّرْطِ ، كيلا يُفْضِىَ إلى جَرِّ المَنْفَعَةِ بالقَرْضِ ، أو حَكَمَ بِفَسَادِ الرَّهْنِ / فى الأَلْفِ الأَوَّلِ وَحْدَه ، وصَحَّحَهُ فيما عَدَاهُ . ولو كان مكانَ القَرْضِ بَيْعٌ ، فقال : بِعْنِى عَبْدَكَ هذا بأَلْفٍ ، على أن أَرْهَنَكَ عَبْدِى به وبالأَلْفِ الآخَرِ الذى عَلَىَّ . فالبَيْعُ بَاطِلٌ ، رِوَايَةً واحِدَةً ؛ لأنَّ الثَّمَنَ مَجْهُولٌ ، فإنَّه جَعَلَ الثمنَ أَلْفًا ومَنْفَعَةً هى وَثِيقَةٌ بالأَلْفِ الأَوَّلِ ، وتلك المَنْفَعَةُ مَجْهُولَةٌ ، ولأنَّه شَرَطَ عَقْدَ الرَّهْنِ بالأَلْفِ الأَوَّلِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أَفْرَدَهُ ، أو كما لو بَاعَهُ دَارَه بِشَرْطِ أن يَبِيعَه الآخَرُ دَارَهُ .

٤/٥٠ ظ

---

(٢٣) فى م : « فإذا » .

فصل : وإذا فَسَدَ الرَّهْنُ ، وقَبَضَهُ المُرْتَهِنُ ، لم يَكُنْ عليه ضَمَانُه ؛ لأنَّه قَبَضَه بحُكْمِ أنَّه رَهْنٌ ، وكل عَقْدٍ كان صَحِيحُه غيرَ مَضْمُونٍ ، أو مَضْمُونًا ، ففَاسِدُه كذلك . فإن كان مُؤَقَّتًا ، أو شَرَطَ أنَّه يَصِيرُ لِلْمُرْتَهِنِ بعدَ انْقِضَاءِ مُدَّتِه ، صارَ بعدَ ذلك مَضْمُونًا ؛ لأنَّه مَقْبُوضٌ بحُكْمِ بَيْعٍ فاسِدٍ ، وحُكْمُ الفَاسِدِ من العُقُودِ حُكْمُ الصَّحِيحِ فى الضَّمَانِ . فإن كان أَرْضًا فغَرَسَها قبلَ انْقِضَاءِ الأَجَلِ ، فهو كغَرْسِ الغَاصِبِ ؛ لأنَّه غَرْسٌ[٢٤] بغيرِ إذْنٍ ، وإن غَرَسَ بعدَ الأَجَلِ ، وكان قد شَرَطَ أن الرَّهْنَ يَصِيرُ له ، فقد غَرَسَ بإذْنٍ ؛ لأنَّ البَيْعَ وإن كان فَاسِدًا ، فقد تَضَمَّنَ الإِذْنَ فى التَّصَرُّفِ ، فيكونُ الرَّاهِنُ مُخَيَّرًا بين ثلاثةِ أشياء ؛ بين أن يُقِرَّ غَرْسَه له ، وبينَ أَخْذِهِ بِقِيمَتِه ، وبينَ أن يُجْبِرَه على قَلْعِه ، ويَضْمَنَ له ما نَقَصَ .

٧٩٤ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَا يَنْتَفِعُ الْمُرْتَهِنُ مِنَ الرَّهْنِ بِشَىْءٍ ، إلَّا مَا كَانَ مَرْكُوبًا أو مَحْلُوبًا ، فَيَرْكَبُ وَيَحْلُبُ بِقَدْرِ[١] العَلَفِ)

الكَلامُ فى هذه المَسْأَلَةِ فى حَالَيْنِ[٢] ؛ أحَدِهما ، ما لا يَحْتَاجُ إلى مُؤْنَةٍ ، كالدَّارِ والمَتَاعِ ونحوِه ، فلا يجوزُ لِلْمُرْتَهِنِ الانْتِفَاعُ به بغيرِ إذْنِ الرَّاهِنِ بحالٍ . لا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا ؛ لأنَّ الرَّهْنَ مِلْكُ الرَّاهِنِ ، فكذلك نَمَاؤُه ومَنَافِعُه ، فليس لغيرِه أَخْذُها بغير إذْنِه ، فإن أَذِنَ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ فى الانْتِفَاعِ بغيرِ عِوَضٍ ، وكان دَيْنُ الرَّهْنِ من قَرْضٍ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه يُحَصِّلُ قَرْضًا يَجُرُّ مَنْفَعَةً ، وذلك حَرَامٌ . قال أحمدُ : أَكْرَهُ قَرْضَ الدُّورِ ، وهو الرِّبَا المَحْضُ . يعنى : إذا كانت الدَّارُ رَهْنًا فى قَرْضٍ يَنْتَفِعُ بها المُرْتَهِنُ . وإن كان الرَّهْنُ بِثَمَنِ مَبِيعٍ ، أو أَجْرِ دَارٍ ، أو دَيْنٍ غيرِ القَرْضِ ، فأَذِنَ له الرَّاهِنُ فى الانْتِفَاعِ ، جَازَ ذلك . رُوِىَ ذلك عن الحسنِ ، وابنِ سِيرِينَ ، وبه قال إسْحاقُ . فأمَّا إن كان الانْتِفَاعُ بِعِوَضٍ ، مثل إن اسْتَأْجَرَ المُرْتَهِنُ الدَّارَ من الرَّاهِنِ بأُجْرَةِ[٣] مِثْلِها ، / من غير مُحَابَاةٍ ، جَازَ فى القَرْضِ ٤/٥١ و

---

(٢٤) فى ا زيادة : « الغاصب » .

(١) فى الأصل : « بمقدار » .

(٢) فى ا ، م : « حالتين » .

(٣) فى الأصل ، ا : « بأجر » .

وغيره ، لِكَوْنِه ما انْتَفَعَ بالقَرْضِ ، بل بالإجارَةِ ، وإن حابَاهُ فى ذلك فحُكْمُه حُكْمُ الانْتِفَاعِ بغيرِ عِوَضٍ ، لا يجوزُ فى القَرْضِ ، ويجوزُ فى غيرِه . ومتى اسْتَأْجَرَها المُرْتَهِنُ ، أو اسْتَعَارَها ، فظَاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّها تَخْرُجُ عن كَوْنِها رَهْنًا ، فمتى انْقَضَتِ الإجَارَةُ ، أو العَارِيَّةُ ، عَادَ الرَّهْنُ بحالِه . قال أحمدُ ، فى رِوَايَةِ الحسنِ بن ثَوَابٍ [4]عن أحْمَدَ[4] . إذا كان الرَّهْنُ دارًا ، فقال المُرْتَهِنُ : اسْكُنْها بِكِرَائِها ، وهى وَثِيقَةٌ بِحَقِّى . يَنْتَقِلُ فيَصِيرُ دَيْنًا ، ويَتَحوَّلُ عن الرَّهْنِ . وكذلك إن أكْرَاها لِلرَّاهِنِ ، قال أحمدُ ، فى رِوَايَةِ ابن منصورٍ : إذا ارْتَهَنَ دَارًا ، ثم أكْرَاهَا لِصَاحِبِها ، خَرَجَتْ من الرَّهْنِ ، فإذا رَجعَتْ إليه صَارَتْ رَهْنًا . والأَوْلَى أنَّها لا تَخْرُجُ عن الرَّهْنِ ، إذا اسْتَأْجَرَها المُرْتَهِنُ ، أو اسْتَعَارَها ؛ لأنَّ القَبْضَ مُسْتَدامٌ ، ولا تَنَافِى بين العَقْدَيْنِ ، وكَلامُ أحمدَ فى رِوَايَةِ الحَسَنِ بن ثَوَابٍ ، مَحْمُولٌ على أنَّه أذِنَ للرَّاهِنِ فى سُكْنَاها ، كما فى روايةِ ابن منصورٍ ؛ لأنَّها خَرَجَتْ عن يَدِ المُرْتَهِنِ ، فزَالَ اللُّزُومُ لِزَوَالِ اليَدِ ، بخِلَافِ ما إذا سَكَنَها المُرْتَهِنُ . ومتى اسْتَعَارَ المُرْتَهِنُ الرَّهْنَ صَارَ مَضْمُونًا عليه . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا ضَمَانَ عليه . ومَبْنَى ذلك على العَارِيَّةِ ، فإنَّها عِنْدَنَا مَضْمُونَةٌ ، وعِنْدَهُ غيرُ مَضْمُونَةٍ .

فصل : فإن شَرَطَ فى الرَّهْنِ أن يَنْتَفِعَ به المُرْتَهِنُ ، فالشَّرْطُ فَاسِدٌ ؛ لأنَّه يُنَافِى مُقْتَضَى الرَّهْنِ . وعن أحمدَ ، أنَّه يجوزُ فى المَبِيعِ . قال القاضى : مَعْنَاهُ أن يقولَ : بِعْتُكَ هذا الثَّوْبَ بِدِينَارٍ ، بِشَرْطِ أن تَرْهَنَنِى[5] عَبْدَكَ يَخْدِمُنِى شَهْرًا . فيكونُ بَيْعًا وإجَارَةً ، فهو صَحِيحٌ . وإن أطْلَقَ ، فالشَّرْطُ باطِلٌ ؛ لِجَهَالَةِ ثَمَنِه . وقال مالِكٌ : لا بَأْسَ أن يَشْتَرِطَ فى البَيْعِ مَنْفَعَةَ الرَّهْنِ إلى أجَلٍ فى الدُّورِ والأَرْضِينَ ، وكَرِهَهُ فى الحَيَوانِ والثِّيابِ ، وكَرِهَهُ فى القَرْضِ . ولَنا ، أنَّه شَرَطَ فى الرَّهْنِ ما يُنَافِيه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو شَرَطَهُ فى القَرْضِ .

(٤ - ٤) سقط من : ا .

(٥) فى م : « ترهنها » .

فصل : الحال الثانى ، ما يَحْتَاجُ فيه إلى مُؤْنَةٍ ، فَحُكْمُ المُرْتَهِنِ فى الانْتِفَاعِ به ، بِعِوَضٍ أو بغير عِوَضٍ ، بإذْنِ الرَّاهِنِ ، كالقِسْمِ الذى قبلَه . وإن أَذِنَ له فى الإنْفَاقِ والانْتِفَاعِ بِقَدْرِه ، جَازَ ؛ لأنَّه / نَوْعُ مُعَاوَضَةٍ . وأمَّا مع عَدَمِ الإذْنِ ، فإن الرَّهْنَ يَنْقَسِمُ قِسْمَيْنِ ؛ مَحْلُوبًا ومَرْكُوبًا ، وغيرَهما ، فأمَّا المَحْلُوبُ والمَرْكُوبُ ، فلِلْمُرْتَهِنِ أن يُنْفِقَ عليه ، ويَرْكَبَ ، ويَحْلُبَ ، بِقَدْرِ نَفَقَتِه ، مُتَحَرِّيًا لِلْعَدْلِ فى ذلك . ونَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايَةِ محمدِ بن الحَكَمِ ، وأحمدَ بن القاسِمِ ، واخْتَارَهُ الخِرَقِىُّ ، وهو قولُ إسحاقَ . وسواء أنفَقَ مع تَعَذُّرِ النَّفَقَةِ من الرَّاهِنِ ، لِغَيْبَتِه ، أو امْتِنَاعِه من الإنْفَاقِ ، أو مع القُدْرَةِ على أَخْذِ النَّفَقَةِ من الرَّاهِنِ ، واسْتِئْذَانِه . وعن أحمدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، لا يُحْتَسَبُ له بما أَنْفَقَ ، وهو مُتَطَوِّعٌ بها ، ولا يَنْتَفِعُ من الرَّهْنِ بشىءٍ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، ومالِكٍ ، والشَّافِعِىِّ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ ، لَهُ غُنْمُه ، وعَلَيْهِ غرْمُهُ »[6] . ولأنه مِلْكُ غيرِه لم يَأْذَنْ له فى الانْتِفَاعِ به ، ولا الإنْفَاقِ عليه . فلم يكُنْ له ذلك ، كغيرِ الرَّهْنِ . ولَنا ، ما رَوَى البُخَارِىُّ ، وأبو دَاوُدَ ، والتِّرمِذِىُّ ، عن أبى هُرَيْرَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « الرَّهْنُ[7] يُرْكَبُ بِنَفَقَتِه إذَا كَانَ مَرْهُونًا ، وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إذَا كَانَ مَرْهُونًا ، عَلَى الَّذِى يَرْكَبُ ويَشْرَبُ النَّفَقَةُ » . فجَعَلَ مَنْفَعَتَه بِنَفَقَتِه ، وهذا محَلُّ النِّزَاعِ ، فإن قِيلَ : المُرَادُ به أنَّ الرَّاهِنَ يُنْفِقُ ويَنْتَفِعُ . قُلْنا : لا يَصِحُّ لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدِهما ، أنَّه قد رُوِىَ فى بعضِ الألْفَاظِ : « إذَا كَانَتِ الدَّابَّةُ مَرْهُونَةً ، فَعَلَى المُرْتَهِنِ عَلْفُها ، ولَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ ، وَعَلَى الَّذِى يَشْرَبُ ويَرْكَبُ نَفَقَتُه » . فجَعَلَ المُنْفِقَ

٥١/٤ ظ

---

(٦) أخرجه الحاكم ، فى : باب أيما رجل مات أو أفلس ... ، من كتاب البيوع . المستدرك ٥١/٢ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣٣/٣ . كما أخرجه موقوفا على ابن المسيب عبدُ الرزاق ، فى : باب الرهن يهلك ، من كتاب البيوع . المصنف ٢٣٧/٨ ، ٢٣٨ . والإمام الشافعى ، فى كتاب الرهن . ترتيب مسند الشافعى ١٦٣/٢ ، ١٦٤ .

(٧) فى م : « الظهر » . وتقدم بلفظ : « الظهر » فى صفحة ٤٤٤ . وانظر تخريجه هناك ، ففى مصادر التخريج كل من : « الرهن » و « الظهر » .

المُرْتَهِنَ ، فيكونُ هو المُنْتَفِعَ . والثانى ، أنَّ قولَه : « بِنَفَقَتِه » يُشِيرُ إلى أنَّ الانْتِفَاعَ عِوَضُ النَّفَقَةِ ، وإنَّما ذلك حَقُّ المُرْتَهِن ، أمَّا الرَّاهِنُ فإنْفاقُه وانْتِفاعُه لا بِطَرِيقِ المُعَاوَضَةِ لأَحَدِهِما بالآخَرِ ، ولأنَّ نَفَقَةَ الحَيوانِ وَاجِبَةٌ ، ولِلْمُرْتَهِنِ حَقٌّ قد أمْكَنَهُ اسْتِيفَاءُ حَقِّه مِن نَمَاءِ الرَّهْنِ ، والنِّيَابَةُ عنِ المالِكِ فيما وَجَبَ عليه واسْتِيفَاءِ ذلك من مَنَافِعِه ، فجازَ ذلك ، كما يجوزُ لِلْمَرْأَةِ أَخْذُ مُؤْنَتِها من مَالِ زَوْجِها عند امْتِناعِه بغيرِ إذْنِه ، والنِّيَابَةُ عنه فى الإنْفاقِ عليها ، والحَدِيثُ نَقُولُ : والنَّمَاءُ للرَّاهِنِ ، ولكنْ لِلْمُرْتَهِنِ وِلَايَةُ صَرْفِها إلى نَفَقَتِه ، لِثُبُوتِ يَدِه / عليه وولَايَتِه ، وهذا فى مَن أَنْفَقَ مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ ، فأمَّا إن أَنْفَقَ مُتَبَرِّعًا بغيرِ نِيَّةِ الرُّجُوعِ ، لم يَنْتَفِعْ به ، رِوَايَةً واحِدَةً .

٥٢/٤ و

فصل : وأمَّا غيرُ المَحْلُوبِ والمَرْكُوبِ ، فيَتَنَوَّعُ نَوْعَيْنِ ؛ حَيَوَانٌ ، وغيرُه ، فأمَّا الحَيوانُ كالعَبْدِ والأَمَةِ ونحوِهما ، فهل لِلْمُرْتَهِنِ أن يُنْفِقَ ويَسْتَخْدِمَهُ بِقَدْرِ نفقتِه ؟ ظَاهِرُ المذهبِ أنَّه لا يجوزُ . ذَكَرَها الخِرَقِىُّ ، ونَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايَةِ الأَثْرَمِ . قال : سَمِعْتُ أبا عبدِ اللهِ يُسْأَلُ عن الرَّجُلِ يَرْهَنُ العَبْدَ ، فَيَسْتَخْدِمُه ، فقال : الرَّهْنُ لا يُنْتَفَعُ منه بشىءٍ ، إلَّا حَدِيثَ أبى هُرَيْرَةَ خَاصَّةً فى الذى يُرْكَبُ ويُحْلَبُ ويُعْلَفُ . قلتُ له : فإن كان اللَّبَنُ والرُّكُوبُ أَكْثَرَ ؟ قال : لا إلَّا بِقَدْرٍ . ونَقَلَ حَنْبَلٌ ، عن أحمدَ ، أنَّ له اسْتِخْدَامَ العَبْدِ أيضا – وبه قال أبو ثَوْرٍ – إذا امْتَنَعَ المالِكُ مِنَ الإنْفَاقِ عليه . قال أبو بكرٍ : خَالَفَ حَنْبَلٌ الجَمَاعَةَ ، والعَمَلُ على أنَّه لا يَنْتَفِعُ من الرَّهْنِ بشىءٍ ، إلَّا ما خَصَّهُ الشَّرْعُ به ، فإنَّ القِيَاسَ يَقْتَضِي أن لا يَنْتَفِعَ بشىءٍ منه ، تَرَكْنَاهُ فى المَرْكُوبِ والمَحْلُوبِ لِلأَثَرِ ، ففيما عَدَاهُ يَبْقَى على مُقْتَضَى القِيَاسِ . النَّوْعُ الثانى ، غيرُ الحَيوانِ ، كدارٍ اسْتَهْدَمَتْ ، فعَمَرَهَا المُرْتَهِنُ ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ . رِوَايَةً واحِدَةً . وليس له الانْتِفَاعُ بها بِقَدْرِ نَفَقَتِه ، فإنَّ عِمَارَتَها غيرُ وَاجِبَةٍ على الرَّاهِنِ ، فليس لغيرِه أن يَنُوبَ عنه فيما لا يَلْزَمُه ، فإن فَعَلَ كان مُتَبَرِّعًا ، بخِلَافِ الحَيوانِ ، فإنه يَجِبُ على مَالِكِه الإنْفَاقُ عليه ، لِحُرْمَتِه فى[8] نَفْسِه .

---

(٨) فى م : « على » .

فصل : فأمَّا الحَيَوانُ ، إذا أنْفَقَ عليه مُتَبَرِّعًا ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ ؛ لأنَّه تَصَدَّقَ به ، فلم يَرْجِعْ بِعِوَضِه ، كما لو تَصَدَّقَ على مِسْكِينٍ . وإن نَوَى الرُّجُوعَ على مَالِكِه ، وكان ذلك بإذْنِ المالِكِ ، رَجَعَ عليه ؛ لأنَّه نَابَ عنه فى الإنْفَاقِ بإذْنِه ، فكانتِ النَّفَقةُ على المالِكِ ، كما لو وَكَّلَهُ فى ذلك ، وإن كان بغيرِ إذْنِه ، فهل يَرْجِعُ عليه ؟ يُخَرَّجُ على رِوَايَتَيْنِ ، بنَاءً على ما إذا قَضَى دَيْنَه بغيرِ إذْنِه ؛ لأنَّه نَابَ عنه فيما يَلْزَمُه . وقال أبو الخَطَّابِ : إن قَدَرَ على اسْتِئْذَانِه فلم يَسْتَأْذِنْهُ ، فهو مُتَبَرِّعٌ ، لا يَرْجِعُ بشىءٍ ، وإن عَجَزَ عن اسْتِئْذَانِه ، فعلى رِوَايَتَيْنِ ، وكذلك الحُكْمُ فيما إذا مَاتَ العَبْدُ المَرْهُونُ فكَفَنَه . والأوَّلُ أقْيَسُ فى المَذْهَبِ ؛ إذْ لا / يُعْتَبَرُ فى قَضَاءِ الدَّيْنِ العَجْزُ عن اسْتِئْذَانِ الغَرِيمِ . ٤/٥٢ ظ

فصل : وإذا انْتَفَعَ المُرْتَهِنُ بالرَّهْنِ ، باسْتِخْدَامٍ ، أو رُكُوبٍ ، أو لُبْسٍ ، أو اسْتِرْضَاعٍ ، أو اسْتِغْلَالٍ ، أو سُكْنَى ، أو غيرِه ، حُسِبَ من دَيْنِه بِقَدْرِ ذلك . قال أحمدُ : يُوضَعُ عن الرَّاهِنِ بِقَدْرِ ذلك ؛ لأنَّ المَنَافِعَ مِلْكُ الرَّاهِنِ ، فإذا اسْتَوْفَاهَا فعليه قِيمَتُها فى ذِمَّتِه لِلرَّاهِنِ ، فيَتَقاصُّ القِيمَةَ وقَدْرَها من الدَّيْنِ ، ويَتَسَاقَطَانِ .

٧٩٥ ـ مسألة ؛ قال : (وغَلَّةُ الدَّارِ ، وخِدْمَةُ العَبْدِ ، وحَمْلُ الشَّاةِ وغَيْرِهَا ، وثَمَرَةُ الشَّجَرَةِ المَرْهُونَةِ ، مِنَ الرَّهْنِ)

أرَادَ بغَلَّةِ الدَّارِ أجْرَهَا . وكذلك خِدْمَةَ العَبْدِ . وجُمْلَةُ ذلك أنَّ نَمَاءَ الرَّهْنِ جَمِيعَه وغَلَّاتَهُ تكونُ رَهْنًا فى يَدِ مَن الرَّهْنُ فى يَدِه ، كالأصْلِ . وإذا احْتِيجَ إلى بَيْعِه فى وَفَاءِ الدَّيْنِ ، بِيعَ مع الأصْلِ ، سَوَاءٌ فى ذلك المُتَّصِلُ ، كالسِّمَنِ والتَّعَلُّمِ ، والمُنْفَصِلُ كالكَسْبِ والأُجْرَةِ والوَلَدِ والثَّمَرةِ واللَّبَنِ والصُّوفِ والشَّعْرِ . وبنحو هذا قال النَّخَعِىُّ ، والشَّعْبِىُّ . وقال الثَّوْرِىُّ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ : فى النَّمَاءِ يَتْبَعُ ، وفى الكَسْبِ لا يَتْبَعُ ؛ لأنَّ الكَسْبَ فى حُكْمِ الكِتَابَةِ والاسْتِيلَادِ والتَّدْبِيرِ ، فلا يَتْبَعُ فى الرَّهْنِ ، كأعْيَانِ مالِ الرَّاهِنِ . وقال مَالِكٌ : يَتْبَعُ الوَلَدُ فى الرَّهْنِ خاصَّةً ، دونَ سَائِرِ النَّماءِ ؛ لأنَّ الوَلَدَ يَتْبَعُ الأصْلَ فى الحُقُوقِ الثَّابِتَةِ ، كوَلَدِ أُمِّ الوَلَدِ . وقال الشَّافِعِىُّ ،

وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ : لا يَدْخُلُ فى الرَّهْنِ شىءٌ من النَّماءِ المُنْفَصِلِ ، ولا من الكَسْبِ ؛ لأنَّه حَقٌّ تَعَلَّقَ بالأَصْلِ ، يُسْتَوْفَى من ثَمَنِه ، فلا يَسْرِى إلى غيرِه ، كحَقِّ الجِنَايَةِ . قال الشَّافِعِىُّ : ولو رَهَنَهُ ماشيةً مَخَاضًا ، فَنُتِجَتْ ، فالنِّتَاجُ خَارِجٌ من الرَّهْنِ . وخَالَفَهُ أبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . ومن حُجَّتِهِم أيضا قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِه ، لَهُ غُنْمُه ، وعَلَيْهِ غُرْمُه »[1] . والنَّمَاءُ غُنْمٌ ، فيكونُ لِلرَّاهِنِ . ولأنَّها عَيْنٌ من أَعْيَانِ مِلْكِ الرَّاهِنِ ، لم يَعْقِدْ عليها عَقْدَ رَهْنٍ ، فلم تَكُنْ رَهْنًا ، كسَائِرِ مَالِه . ولَنا ، أنَّه حُكْمٌ يَثْبُتُ فى العَيْنِ بِعَقْدِ المالِكِ ، فيَدْخُلُ فيه النَّمَاءُ والمَنَافِعُ ، كالمِلْكِ بالبَيْعِ وغيرِه ، ولأنَّ النَّمَاءَ نَمَاءٌ حَادِثٌ من عَيْنِ الرَّهْنِ ، فيَدْخُلُ فيه ، كالمُتَّصِلِ ، ولأنَّه حَقٌّ مُسْتَقِرٌّ فى الأُمِّ ، ثَبَتَ بِرِضَى المالِكِ ، فيَسْرِى إلى الوَلَدِ ، / كالتَّدْبِيرِ والاسْتِيلَادِ . لَنا على مالِكٍ ، أنَّه نَمَاءٌ حَادِثٌ من عَيْنِ الرَّهْنِ ، فسَرَى إليه حُكْمُ الرَّهْنِ ، كالوَلَدِ . وعلى أبى حنيفةَ ؛ أنَّه عَقْدٌ يَسْتَتْبِعُ النَّماء ، فاسْتَتْبَعَ الكَسْبَ ، كالشِّرَاءِ . فأمَّا الحَدِيثُ . فنقُولُ به ، وأنَّ غُنْمَهُ ونَمَاءَهُ وكَسْبَهُ لِلرَّاهِنِ ، لكنْ يَتَعَلَّقُ به حَقُّ الرَّهْنِ ، كالأَصْلِ ، فإنَّه لِلرَّاهِنِ ، والحَقُّ مُتَعَلِّقٌ به ، والفَرْقُ بينه وبين سَائِرِ مَالِ الرَّاهِنِ ، أنَّه تَبَعٌ ، فثَبَتَ له حُكْمُ أَصْلِه . وأمَّا حَقُّ الجِنَايَةِ ، فإنَّه ثَبَتَ بغيرِ رِضَى المالِكِ ، فلم يَتَعَدَّ ما ثَبَتَ فيه ، ولأنَّه جَزَاءُ عُدْوَانٍ ، فَاخْتصَّ الجانِى كالقِصَاصِ ، ولأنَّ السِّرَايَةَ فى الرَّهْنِ لا تُفْضِى إلى اسْتِيفَاءِ أَكْثَرَ من دَيْنِه ، فلا يَكْثُرُ الضَّرَرُ فيه .

٤/٥٣ و

فصل : وإذا ارْتَهَنَ أَرْضًا ، أو دَارًا ، أو غيرَهما ، تَبِعَهُ فى الرَّهْنِ ما يَتْبَعُ فى البَيْعِ ، فإن كان فى الأَرْضِ شَجَرٌ ، فقال : رَهَنْتُكَ هذه الأَرْضَ بحُقُوقِها . أو ذَكَرَ ما يَدُلُّ على أن الشَّجَرَ فى الرَّهْنِ ، دَخَلَ فيه ، وإن لم يَذْكُرْ ذلك ، فهل يَدْخُلُ الشَّجَرُ فى الرَّهْنِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بنَاءً على دُخُولِه فى البَيْعِ . وإن رَهَنَهُ شَجَرًا مُثْمِرًا ، وفيه

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٥١١ .

ثَمَرَةٌ ظَاهِرَةٌ ، لم تَدْخُلْ فى الرَّهْنِ ، كما لا تَدْخُلُ فى البَيْعِ ، وإن لم تكُنْ ظَاهِرَةً دَخَلَتْ . وقال الشَّافِعِىُّ : لا تَدْخُلُ الثَّمَرَةُ فى الرَّهْنِ بحالٍ . وقال أبو حنيفةَ : تَدْخُلُ بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّ الرَّهْنَ عندَه لا يَصِحُّ على الأُصُولِ دُونَ الثَّمَرةِ ، وقد قَصَدَ إلى عَقْدٍ صَحِيحٍ ، فتَدْخُلُ الثَّمَرَةُ ضَرُورَةَ الصِّحَّةِ . ولَنا ، أن الثَّمَرَةَ المُؤَبَّرَةَ لا تَدْخُلُ فى البَيْعِ ، مع قُوَّتِه ، وإزَالَتِه لِمِلْكِ البائِعِ ، فالرَّهْنُ مع ضَعْفِه أَوْلَى ، وعلى الشَّافِعِىِّ ، أنَّه عَقْدٌ على الشَّجَرَةِ ، فاسْتَتْبَعَ الثمَرةَ غيرَ المُؤَبَّرةِ ، كالبَيْعِ ، ويَدْخُلُ فى الرَّهْنِ الصُّوفُ واللَّبَنُ المَوْجُودَانِ ، كما يَدْخُلُ فى البَيْعِ ، وكذلك الحَمْلُ وسَائِرُ البَيْعِ فى ما بِيعَ ؛ لأنَّه عَقْدٌ وارِدٌ على العَيْنِ ، فدَخَلَتْ فيه هذه التَّوابِعُ ، كالبَيْعِ ، ولو كان الرَّهْنُ دَارًا فخَرِبَتْ ، كانت أَنْقَاضُها رَهْنًا ؛ لأنَّها من أجْزَائِها ، ولو كانت مَرْهُونَةً قبلَ خَرَابِها ، ولو رَهَنَهُ أرْضًا ، فنَبَتَ فيها شَجَرٌ ، فهو من الرَّهْنِ ، سواءٌ نَبَتَ بِفِعْلِ الرَّاهِنِ ، أو بِفِعْلِ غيرِه ؛ لأنَّه مِن نَمائِها .

فصل : وليس لِلرَّاهِنِ الانْتِفَاعُ بالرَّهْنِ ، باسْتِخْدَامٍ ، ولا وَطْءٍ ، ولا سُكْنَى ، ولا غيرِ ذلك / . ولا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فيه ، بإجَارَةٍ ، (٢ولا إعَارَةٍ٢) ، ولا غيرِهما ، بغيرِ رِضَى المُرْتَهِنِ . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ، وأصْحَابُ الرَّأْى . وقال مالِكٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والشَّافِعِىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : لِلرَّاهِنِ إجارَتُه وإعَارَتُه مُدَّةً لا يَتَأَخَّرُ انْقِضَاؤُها عن حُلُولِ الدَّيْنِ . وهل له أن يَسْكُنَ بِنَفْسِه ؟ على اخْتِلَافٍ بينهم فيه . وإن كان الرَّهْنُ عَبْدًا ، فله اسْتِيفَاءُ مَنَافِعِه بغيرِه . وهل له ذلك بِنَفْسِه ؟ على الخِلَافِ . وليس له إجَارَةُ الثَّوْبِ ولا ما يَنْقُصُ بالانْتِفاعِ . وبَنَوْهُ على أنَّ المَنَافِعَ لِلرَّاهِنِ ، لا تَدْخُلُ فى الرَّهْنِ ، ولا يَتَعَلَّقُ بها حَقُّهُ . وقد سَبَقَ الكلامُ فى هذا . ولأنَّها عَيْنٌ مَحْبُوسَةٌ ، فلم يكُنْ لِلْمَالِكِ الانْتِفَاعُ بها ، كالبَيْعِ المَحْبُوسِ عندَ البائِعِ على اسْتِيفَاءِ ثَمَنِه . أو نقولُ : نَوْعُ انْتِفَاعٍ ، فلا يَمْلِكهُ الرَّاهِنُ ، كالذى يَنْقُصُ قِيمَةَ الرَّهْنِ . إذا ثَبَتَ هذا فإنَّ المُتَرَاهِنَيْنِ إذا لم يَتَّفِقَا على الانْتِفاعِ (٣بها ، لم يَجُز الانْتِفَاعُ بها٣) ، وكانت

٥٣/٤ ظ

(٢ – ٢) فى م : « أو إعارة » .

(٣ – ٣) سقط من : ا . نقلة نظر .

مَنَافِعُها مُعَطَّلَةً ، فإن كانت دَارًا أُغْلِقَتْ ، وإن كان عَبْدًا أو غيرَه تَعَطَّلَتْ مَنَافِعُه حتى يُفَكَّ الرَّهْنُ . وإن اتَّفَقَا على إجَارَةِ الرَّهْنِ ، أو إعَارَتِه ، جازَ ذلك . هذا ظاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِيِّ ؛ لأنَّه جَعَلَ غَلَّةَ الدَّارِ وخِدْمَةَ العَبْدِ رَهْنًا ، ولو عُطِّلَتْ مَنَافِعُهُما لم يَكُنْ لهما غَلَّةٌ . وقال ابنُ أبي موسى : إن أَذِنَ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ فى إعَارَتِه ، أو إجَارَتِه ، جازَ ، والأُجْرَةُ رَهْنٌ ، وإن أجَرَهُ الرَّاهِنُ بإذْنِ المُرْتَهِنِ ، خَرَجَ من الرَّهْنِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ، والآخَرُ لا يَخْرُجُ ، كما لو أجَرَهُ المُرْتَهِنُ . وقال أبو الخَطَّابِ ، فى المُشَاعِ : يُؤْجِرُه الحاكِمُ لهما . وذكر أبو بكرٍ فى الخِلَافِ ، أنَّ مَنَافِعَ الرَّهْنِ تُعَطَّلُ مُطْلَقًا ، ولا يُؤْجِرَاهُ . وهذا قولُ الثَّوْرِيِّ ، وأصْحابِ الرَّأْيِ . وقالوا : إذا أَجَرَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ بإذْنِ المُرْتَهِنِ ، كان إخْرَاجًا من الرَّهْنِ ؛ لأنَّ الرَّهْنَ يَقْتَضِى حَبْسَه عند المُرْتَهِنِ أو نَائِبِه على الدَّوَامِ ، فمتى وُجِدَ عَقْدٌ يَسْتَحِقُّ به زَوَالَ الحَبْسِ زَالَ الرَّهْنُ . ولَنا ، أنَّ مَقْصُودَ الرَّهْنِ الاسْتِيثَاقُ بالدَّيْنِ ، واسْتِيفَاؤُه مِن ثَمَنِه عندَ تَعَذُّرِ اسْتِيفَائِه من ذِمَّةِ الرَّاهِنِ ، وهذا لا يُنَافِى الانْتِفَاعَ به ، ولا إجَارَتَه ، ولا إعَارَتَه ، فجازَ اجْتِمَاعُهُما ، كانْتِفَاعِ المُرْتَهِنِ به ، ولأنَّ تَعْطِيلَ مَنْفَعَتِه تَضْيِيعٌ لِلْمَالِ ، وقد نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عن [4]إضَاعَةِ المالِ[4] ، ولأنَّه عَيْنٌ تَعَلَّقَ بها حَقُّ الوَثِيقَةِ ، فلم يَمْنَعْ إجَارَتَها ، كالعَبْدِ إذا ضَمِنَ بإذْنِ سَيِّدِه ، ولا / نُسَلِّمُ أن مُقْتَضَى الرَّهْنِ الحَبْسُ ، وإنَّما مُقْتَضَاهُ تَعَلُّقُ الحَقِّ به على وَجْهٍ تَحْصُلُ به الوَثِيقَةُ ، وذلك غيرُ مُنَافٍ لِلانْتِفَاعِ به ، ولو سَلَّمْنَا أنَّ مُقْتَضَاهُ الحَبْسُ ، فلا يَمْنَعُ أن يكونَ المُسْتَأْجِرُ نَائِبًا عنه فى إمْسَاكِه وحَبْسِه ، ومُسْتَوْفِيًا لِمَنْفَعَتِه لِنَفْسِه .

٥٤/٤ و

(٤ - ٤) فى ا : « إضاعته » .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب لا صدقةَ إلا عن ظهر غنى ... ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب ما ينهى عن إضاعة المال ... ، من كتاب الاستقراض ، وفى : باب من رد أمر السفيه ... ، من كتاب الخصومات ، وفى : باب ما يكره من قيل وقال ، من كتاب الرقاق . صحيح البخارى ١٣٩/٢ ، ١٥٧/٣ ، ١٥٩ ، ١٢٤/٨ . ومسلم ، فى : باب النهى عن كثرة المسائل ... ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ١٣٤٠/٣ ، ١٣٤١ . والدارمى ، فى : باب إن الله كره لكم قيل وقال ، من كتاب الرقاق . سنن الدارمى ٣١١/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٥٠/٤ - ٢٥١ ، ٢٥٥ .

فصل : ولا يُمْنَعُ الرَّاهِنُ من إصْلَاحِ الرَّهْنِ ، ودَفْعِ الفَسَادِ عنه ، ومُدَاوَاتِه إن احْتَاجَ إليها ، فإذا كان الرَّهْنُ مَاشِيَةً فاحْتَاجَتْ إلى إطْرَاقِ الفَحْلِ ، فَلِلرَّاهِنِ ذلك ؛ لأنَّ فيه مَصْلَحَةً لِلرَّهْنِ ، وزِيادَتَهُ ، وذلك زِيَادَةٌ فى حَقِّ المُرْتَهِنِ من غير ضَرَرٍ ، وإن كانت فُحُولًا لم يَكُنْ لِلرَّاهِنِ إطْرَاقُها بغيرِ رِضَى المُرْتَهِنِ ؛ لأنَّه انْتِفَاعٌ لا مَصْلَحَةَ لِلرَّهْنِ فيه ، فهو كالاسْتِخْدَامِ ، إلَّا أن يَصِيرَ إلى حالٍ يَتَضَرَّرُ بِتَرْكِ الإطْرَاقِ ، فيجوزُ ؛ لأنَّه كالمُدَاوَاةِ له .

٧٩٦ - مسألة ؛ قال : (**ومُؤْنَةُ الرَّهْنِ عَلَى الرَّاهِنِ ، وإنْ كَانَ عَبْدًا فمَاتَ ، فَعَلَيْهِ كَفَنُه ، وَإنْ كَانَ مِمَّا يُخزَنُ ، فَعَلَيْهِ كِرَاءُ مَخزَنِهِ**)

وجملتُه أنَّ مُؤْنَةَ الرَّهْنِ فى[1] طَعَامِه ، وكُسْوَتِه ، ومَسْكَنِه ، وحَافِظِه ، وحَرْزِه ، ومَخْزَنِه ، وغيرِ ذلك على الرَّاهِنِ . وبهذا قال مَالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ، وإسحاقُ . وقال أبو حنيفةَ : أُجْرُ المَسْكَنِ والحافِظِ على المُرْتَهِنِ ؛ لأنَّه مِن مُؤْنَةِ إمْسَاكِه وارْتِهَانِه . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « الرَّهْنُ من رَاهِنِه له غُنْمُه وعليه غُرْمُه »[2] . ولأنَّه نَوْعُ إنْفَاقٍ ، فكان على الرَّاهِنِ ، كالطَّعَامِ ، ولأنَّ الرَّهْنَ مِلْكٌ لِلرَّاهِنِ ، فكان عليه مَسْكَنُه وحَافِظُه ، كغيرِ الرَّهْنِ . وإن أَبَقَ العَبْدُ فأَجْرُ[3] من يَرُدُّه على الرَّاهِنِ . وقال أبو حنيفةَ : يكونُ بِقَدْرِ الأَمَانَةِ على الرَّاهِنِ ، وبِقَدْرِ الضَّمَانِ على المُرْتَهِنِ . وإن احْتِيجَ إلى مُدَاوَاتِه لِمَرَضٍ أو جُرْحٍ فذلك على الرَّاهِنِ . وعند أبى حنيفةَ ، هو كأُجْرِ من يَرُدُّه من إبَاقِه . وبَنَى ذلك على أصْلِه فى أنَّ يَدَ المُرْتَهِنِ يَدُ ضَمَانٍ ، بِقَدْرِ دَيْنِه فيه ، وما زَادَ فهو أَمَانَةٌ عندَه . والكلامُ على ذلك فى غير هذا المَوْضِعِ . وإن مَاتَ العَبْدُ كانت مُؤْنَتُه ، كتَجْهِيزِه ،

---

(١) فى م : « من » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٥١١ .

(٣) فى م : « فأجرة » .

وتَكْفِينه ، ودَفْنِه [٤]على الرَّاهِنِ ؛ لأنَّ ذلك تَابعٌ لِمُؤْنَتِه ، فإنَّ كلَّ مَن لَزِمَتْه مُؤْنَةُ شَخْصٍ كانتْ مُؤْنَتُهُ كتَجْهِيزِه ودَفْنِه[٤] عليه ، كسَائِرِ العَبِيدِ والإمَاءِ والأقَارِبِ من الأحْرارِ .

٤/٥٤ ظ **فصل** : وإن كان الرَّهْنُ / ثَمَرَةً ، فاحْتَاجَتْ إلى سَقْيٍ وتَسْوِيَةٍ وجِذَاذٍ ، فذلك على الرَّاهِنِ ، وإن احْتَاجَتْ إلى تَجْفِيفٍ ، والحَقُّ مُؤَجَّلٌ ، فعليه التَّجْفِيفُ ؛ لأنَّه يَحْتاجُ أن يَسْتَبْقِيَها رَهْنًا حتى يَحِلَّ الحَقُّ . وإن كانت حالًّا ، بِيعَتْ و لم يَحْتَجْ إلى تَجْفِيفِها . وإن اتَّفَقَا على بَيْعِها و جَعْلِ ثَمَنِها رَهْنًا بالحَقِّ المُؤَجَّلِ ، جازَ ، وإن اخْتَلَفَا فى ذلك ، قُدِّمَ قولُ مَن يَسْتَبْقِيها بعَيْنِها ؛ لأنَّ العَقْدَ يَقْتَضِى ذلك ، إلَّا أن يكونَ ممَّا تَقِلُّ قِيمَتُه بالتَّجْفِيفِ ، وقد جَرَتِ العَادَةُ بِبَيْعِه رَطْبًا ، فإنَّه يُباعُ ، ويُجْعَلُ ثَمَنُه مَكَانَه . وإن اتَّفَقَا على قَطْعِ الثمرةِ فى وَقْتٍ ، فلهما ذلك ، سواءٌ كان الحقُّ حالًّا أو مُؤَجَّلًا ، وسواء كان الأَصْلَحُ القَطْعَ أو التَّرْكَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لا يَخْرُجُ عنهما ، وإن اخْتَلَفَا قَدَّمْنَا قولَ من طَلَبَ الأَصْلَحَ ، إن كان ذلك قبلَ حُلُولِ الحَقِّ . وإن كان الحَقُّ حَالًّا قُدِّمَ قولُ مَن طَلَبَ القَطْعَ ؛ لأنَّه إن كان المُرْتَهِنَ ، فهو طَالِبٌ لِاسْتِيفَاءِ حَقِّه الحالِّ ، فَلَزِمَ إجَابَتُه ، وإن كان الرَّاهِنَ ، فهو يَطْلُبُ تَبْرِئَةَ ذِمَّتِه ، وتَخْلِيصَ عَيْنِ مِلْكِه من الرَّهْنِ ، والقَطْعُ أَحْوَطُ من جِهَةِ أنَّ فى تَبْقِيَتِه غَرَرًا . ذَكَرَ القاضى هذا فى المُفْلِسِ ، وهو قولُ أكْثَرِ أصْحابِ الشَّافِعِىِّ ، وهذا فى مَعْنَاه . ويَحْتَمِلُ أن يُنْظَرَ فى الثَّمَرةِ ، فإن كانت تَنْقُصُ بالقَطْعِ نَقْصًا كَثِيرًا ، لم يُجْبَرِ المُمْتَنِعُ من قَطْعِها عليه ؛ لأنَّ ذلك إتْلَافٌ ، فلا يُجْبَرُ عليه ؛ كما لا يُجْبَرُ على نَقْضِ دَارِه لِيَبِيعَ أنْقَاضَها ، ولا على ذَبْحِ فَرَسِه لِيَبِيعَ لَحْمَها ، وإن كانت الثَّمَرةُ ممَّا لا يُنْتَفَعُ بها قبلَ كَمَالِها ، لم يَجُزْ قَطْعُها قبلَه ، و لم يُجْبَرْ عليه بحالٍ .

(٤ - ٤) سقط من : م .

فصل : وإن كان الرَّهْنُ مَاشِيَةً تَحْتَاجُ إلى إطْرَاقِ الفَحْلِ ، لم يُجْبَرِ الرَّاهِنُ عليه ؛ لأنَّه ليس عليه ما يَتضَمَّنُ زِيَادَةً فى الرَّهْنِ ، وليس ذلك ممَّا يَحْتَاجُ إليه لِبَقَائِها ، ولا يُمْنَعُ من ذلك ؛ لِكَوْنِها زِيَادَةً لهما ، لا ضَرَرَ على المُرْتَهِنِ فيه . وإن احْتَاجَتْ إلى رَعْيٍ ، فعلَى الرَّاهِنِ أن يُقِيمَ لها رَاعِيًا ؛ لأنَّ ذلك يَجْرِى مَجْرَى عَلْفِها . وإن أرَادَ الرَّاهِنُ السَّفَرَ بها لِيَرْعَاهَا فى مكان آخَرَ ، وكان لها فى مَكَانِها مَرْعًى تَتَمَاسَكُ به ، فلِلْمُرْتَهِنِ مَنْعُه من ذلك ؛ لأنَّ فى السَّفَرِ بها إخْرَاجَها عن نَظَرِه ويَدِه . وإن أجْدَبَ مَكَانُها ، فلم يَجِدْ ما تَتَمَاسَكُ به فلِلرَّاهِنِ السَّفَرُ بها ؛ لأنَّه مَوْضِعُ ضَرُورَةٍ / ، لأنَّها تَهْلَكُ إذا لم يُسَافِرْ بها ، إلَّا أنَّها تكونُ فى يَدِ عَدْلٍ يَرْضَيَانِ به ، أو يَنْصِبُه الحاكِمُ ، ولا يَنْفَرِدُ الرَّاهِنُ بها ، فإن امْتَنَعَ الرَّاهِنُ من السَّفَرِ بها ، فلِلْمُرْتَهِنِ نَقْلُها ؛ لأنَّ فى بَقائِها هَلَاكَها ، وضَيَاعَ حَقِّه من الرَّاهِنِ . فإن أرَادَا جَمِيعًا السَّفَرَ بها ، واخْتَلَفَا فى مَكَانِها ، قَدَّمْنَا قَوْلَ مَن يُعَيِّنُ الأَصْلَحَ ، فإن اسْتَوَيَا ، قَدَّمْنَا قَوْلَ المُرْتَهِنِ . وقال الشَّافِعِىُّ : يُقَدَّمُ قولُ الرَّاهِنِ ، وإن كان الأَصْلَحُ غيرَه ؛ لأنَّه أمْلَكُ بها ، إلَّا أن يكونَ مَأْوَاها إلى يَدِ عَدْلٍ . ولَنا ، أنَّ اليَدَ لِلْمُرْتَهِنِ ، فكان أوْلَى ، كما لو كانا فى بَلَدٍ واحِدٍ ، وأيُّهما أرَادَ نَقْلَها عن البَلَدِ مع خِصْبِه لم يكُنْ له ، سواءٌ أرَادَ نَقْلَها إلى مِثْلِه ، أو أخْصَبَ منه ، إذ لا مَعْنَى لِلْمُسَافَرَةِ بالرَّهْنِ مع إمكانِ تَرْكِ السَّفَرِ به . وإن اتَّفَقَا على نَقْلِهَا ، جَازَ أيضا ، سواءٌ كان أنْفَعَ لها أو لا ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، لا يَخْرُجُ عنهما .

٥٥/٤ و

فصل : وإن كان عَبْدًا يَحْتَاجُ إلى خِتَانٍ ، والدَّيْنُ حَالٌّ ، أو أجَلُهُ قبلَ بُرْئِه ، مُنِعَ منه ؛ لأنَّه يَنْقُصُ ثَمَنُه ، وفيه ضَرَرٌ ، وإن كان يَبْرأُ قبلَ مَحلِّ الحَقِّ ، والزَّمَانُ مُعْتَدِلٌ لا يخَافُ عليه فيه ، فلَهُ ذلك ؛ لأنَّه من الوَاجِباتِ ، ويَزِيدُ به الثَّمَنُ ، ولا يَضُرُّ المُرْتَهِنَ ، ومُؤْنَتُه على الرَّاهِنِ . فإن مَرِضَ ، فاحْتَاجَ إلى دَوَاءٍ ، لم يُجْبَرِ الرَّاهِنُ عليه ؛ لأنَّه يَتَحَقَّقُ أنَّه سَبَبٌ لِبَقَائِه ، وقد يَبْرأُ بغيرِ عِلَاجٍ ، بِخِلَافِ النَّفَقةِ . وإن أرَادَ الرَّاهِنُ مُدَاوَاتَه بما لا ضَرَرَ فيه ، لم يُمْنَعْ منه ؛ لأنَّه مَصْلَحَةٌ لهما من غيرِ ضَرَرٍ بواحِدٍ منهما . وإن كان الدَّوَاءُ ممَّا يُخَافُ غَائِلَتُه ، كالسُّمُوم ، فلِلْمُرْتَهِنِ مَنْعُه منه ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ تَلَفَه . وإن احْتَاجَ إلى فَصْدٍ ، أو احْتَاجَتِ الدَّابَّةُ إلى تَوْدِيجٍ ، ومَعْناه فَتْحُ الوَدَجَيْنِ

حتى يَسِيلَ الدَّمُ ، وهما عِرْقَانِ عَرِيضَانِ غَلِيظَانِ من جَانِبَىْ ثُغْرَةِ النَّحْرِ ، أو تَبْزِيغٍ ، وهو فَتْحُ الرَّهْصَةِ[٥] ، فَلِلرَّاهِنِ فِعْلُ ذلك ، ما لم يَخَفْ منه ضَرَرًا . وإن احْتِيجَ إلى قَطْعِ شَىْءٍ من بَدَنِه بِدَوَاءٍ لا يُخَافُ منه ، جَازَ ، وإن خِيفَ منه ، [٦]فأيُّهما امْتَنَعا منه[٦] لم يُجْبَرْ . وإن كانت به آكِلَةٌ[٧] كان له قَطْعُها ؛ لأنَّه يُخَافُ من تَرْكِها لا من قَطْعِهَا ، لأنَّه لا يُحِسُّ بِلَحْمٍ مَيِّتٍ . وإن كانتْ به خَبِيثَةٌ ، فقال أهْلُ الخِبْرَةِ : الأحْوَطُ قَطْعُها . وهو أنْفَعُ من بَقَائِها ، فَلِلرَّاهِنِ ذلك ، وإلَّا فليس له فِعْلُه . وإن تَسَاوَى الخَوْفُ عليه فى الحَالَيْنِ ، لم يكُنْ له قَطْعُها ؛ لأنَّه يُحْدِثُ جُرْحًا فيه لم يَتَرَجَّحْ / إحْدَاثُه . وإن كانت به سِلْعَةٌ[٨] ، أو إصْبَعٌ زَائِدَةٌ ، لم يَمْلِك الرَّاهِنُ قَطْعَها ؛ لأنَّ قَطْعَها يُخَافُ منه ، وتَرْكَها لا يُخَافُ منه . وإن كانت الماشِيَةُ جَرِبَةً ، فأرَادَ الرَّاهِنُ دَهْنَها بما يُرْجَى نَفْعُه ، ولا يُخَافُ ضَرَرُه ، كالقَطِرَانِ والزَّيْتِ اليَسِيرِ ، لم يُمْنَعْ . وإن خِيفَ ضَرَرُه ، كالكَثِيرِ ، فَلِلْمُرْتَهِنِ مَنْعُه . وقال القاضى : له ذلك بغيرِ إذْنِ المُرْتَهِنِ ؛ لأنَّ له مُعَالَجَةَ مِلْكِه ، وإن امْتَنَعَ من ذلك ، لم يُجْبَرْ عليه . ولو أرَادَ المُرْتَهِنُ مُدَاوَاتَها بما يَنْفَعُها ، ولا يُخْشَى ضَرَرُه ، لم يُمْنَعْ ؛ لأنَّ فيه إصْلَاحَ حَقِّه بما لا يَضُرُّ بغيرِه . وإن خِيفَ منه الضَّرَرُ لم يُمَكَّنْ منه ؛ لأنَّ فيه خَطَرًا بِحَقِّ[٩] غيرِه .

٤/٥٥ ظ

فصل : فإن كان الرَّهْنُ نَخْلًا ، فاحْتَاجَ إلى تَأْبِيرٍ ، فهو على الرَّاهِنِ ، وليس لِلْمُرْتَهِنِ مَنْعُه ؛ لأنَّ فيه مَصْلَحَةً بغير مَضَرَّةٍ . وما يَسْقُطُ من لِيفٍ أو سَعَفٍ أو عَرَاجِينَ ، فهو من الرَّهْنِ ؛ لأنَّه من أجْزَائِه ، أو من نَمَائِه . وقال أصْحَابُ الشَّافِعِىِّ :

---

(٥) الرهصة : وقرة تصيب باطن حافر الدابة .

(٦ - ٦) سقط من : م .

(٧) الآكلة : الحكة .

(٨) السلعة : كالغدة فى الجسم .

(٩) فى الأصل : « لحق » .

ليس من الرَّهْنِ . بنَاءً منهم على أنَّ النَّمَاءَ ليس منه . ولا يَصِحُّ ذلك هـٰهُنا ؛ لأن السَّعَفَ من جُمْلَةِ الأَعْيَانِ التى وَرَدَ عليها عَقْدُ الرَّهْنِ ، فكانتْ منه ، كالأُصُولِ وأَنْقَاضِ الدَّارِ . وإن كان الرَّهْنُ كَرْمًا فله زِبَارُهُ[10] ؛ لأنَّه لِمَصْلَحَتِه ، ولا ضَرَرَ فيه . والزَّرَجُونُ[11] من الرَّهْنِ . ولو كان الشَّجَرُ مُزْدَحِمًا ، وفى قَطْعِ بعضه صَلَاحٌ لما يَبْقَى ، فله ذلك . وإن أرَادَ تَحْوِيلَه كلَّه لم يَمْلِكْ ذلك . وإن قيل : هو الأَوْلَى ؛ لأنَّه قد لا يَعْلَقُ فيَفُوتُ الرَّهْنُ . وإن امْتَنَعَ الرَّاهِنُ من فِعْلِ هذا كلِّه ، لم يُجْبَرْ عليه ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُه فِعْلُ ما فيه زِيَادَةٌ من الرَّهْنِ .

فصل : وكلُّ زِيَادَةٍ تَلْزَمُ الرَّاهِنَ إذا امْتَنَعَ ، أُجْبِرَهُ الحاكِمُ عليها ، وإن لم يَفْعَلْ اكْتَرَى له الحاكِمُ من مَالِه ، فإن لم يكُنْ له مَالٌ اكْتَرَى من الرَّهْنِ . فإن بَذَلَها المُرْتَهِنُ مُتَطَوِّعًا لم يَرْجِعْ بشىءٍ . وإن أَنْفَقَ بإذْنِ الرَّاهِنِ ، أو إذْنِ الحاكِمِ عند تَعَذُّرِ إذْنِ الرَّاهِنِ ، مُحْتَسِبًا ، رَجَعَ به . وإن تَعَذَّرَ إذْنُهما ، أشْهَدَ على أنَّه أنْفَقَ ، لِيَرْجِعَ بالنَّفَقَةِ . وله الرُّجُوعُ بها ، وإن أَنْفَقَ مِن غير اسْتِئْذَانِ الحاكِمِ مع إمْكَانِه ، أو من غير إشْهَادٍ بالرُّجُوعِ عندَ تَعَذُّرِ اسْتِئْذَانِه لِيَرْجِعَ به ، فهل يَرْجِعُ بِهِ[12] ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وإن أَنْفَقَ بإذْنِ الرَّاهِنِ ؛ لِيَكُونَ الرَّهْنُ رَهْنًا بالنَّفَقَةِ والدَّيْنِ الأَوَّلِ ، لم يَصِحَّ ، ولم يَصِرْ رَهْنًا بالنَّفَقَةِ لما ذكَرْنا[13] . / وإن قال الرَّاهِنُ : أنْفَقْتَ مُتَبَرِّعًا . وقال المُرْتَهِنُ : بل أنْفَقْتُ مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ . فالقولُ قولُ المُرْتَهِنِ ؛ لأنَّ الخِلَافَ فى نِيَّتِه ، وهو أعْلَمُ بها ، ولا اطِّلَاعَ لغيرِه من النَّاسِ عليها ، وعليه اليَمِينُ ؛ لأنَّ ما قالَه الرَّاهِنُ مُحْتَمِلٌ . وكل مُؤْنَةٍ لا تَلْزَمُ الرَّاهِنَ ، كنَفَقَةِ المُدَاوَاةِ والتَّأْبِيرِ وأَشْبَاهِهِما ، لا يَرْجِعُ بها المُرْتَهِنُ إذا أنْفَقَها مُحْتَسِبًا أو مُتَبَرِّعًا .

٥٦/٤ و

(١٠) فى ا : «زناده» ، وفى ب : «زياره» ، والزِّبار : تخفيف الكرم من الأغصان الرديئة وبعض الجيدة ، بقطعها بمنجل ونحوه.
(١١) الزرجون : قضبان الكرم .
(١٢) سقط من : م .
(١٣) فى م : « ذكر » .

٧٩٧ ـ مسألة ؛ قال : (والرَّهْنُ إذَا تَلِفَ بِغَيْرِ جِنَايَةٍ مِنَ المُرْتَهِنِ ، رَجَعَ المُرْتَهِنُ بِحَقِّه عِنْدَ مَحلِّه ، وكَانَتْ المُصِيبَةُ فِيهِ مِنْ رَاهِنِهِ ، وَإِنْ كَانَ بِتَعَدِّى المُرْتَهِنِ ، أوْ لَمْ يَحْرُزْهُ ، ضَمِنَ)

أمَّا إذا تَعَدَّى المُرْتَهِنُ فى الرَّهْنِ ، أو فَرَّطَ فى الحِفْظِ للرَّهْنِ الذى عندَه حتى تَلِفَ ، فإنَّه يَضْمَنُ . لا نَعْلَمُ فى وُجُوبِ الضَّمَانِ عليه خِلَافًا ؛ ولأنَّه أمَانَةٌ فى يَدِه ، فلَزِمَه إذا تَلِفَ بِتَعَدِّيه أو تَفْرِيطِه ، كالوَدِيعَةِ . وأمَّا إن تَلِفَ من غيرِ تَعَدٍّ منه ولا تَفْرِيطٍ ، فلا ضَمَانَ عليه ، وهو من مَالِ الرَّاهِنِ . يُرْوَى ذلك عن عَلِىٍّ رَضِىَ اللهُ عنه . وبه قال عَطَاءٌ ، والزُّهْرِىُّ ، والأوْزَاعِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . ويُرْوَى عن شُرَيْحٍ ، والنَّخَعِىِّ ، والحسنِ ، أنَّ الرَّهْنَ يُضْمَنُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ ، وإن كان أكْثَرَ من قِيمَتِه ؛ لأنَّه رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ »[1] . وقال مَالِكٌ إن كان تَلَفُه بأمْرٍ ظَاهِرٍ ، كالمَوْتِ والحَرِيقِ ، فمِن ضَمَانِ الرَّاهِنِ ، وإن ادَّعَى تَلَفَه بأمْرٍ خَفِىٍّ ، لم يُقْبَلْ قولُه ، وضَمِنَ . وقال الثَّوْرِىُّ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ : يَضْمَنُه المُرْتَهِنُ بأقَلِّ الأمْرَيْنِ مِن قِيمَتِه أو قَدْرِ الدَّيْنِ . ويُرْوَى ذلك عُمَرُ بن الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه . واحْتَجُّوا بما رَوَى عَطَاءٌ ، أنَّ رَجُلًا رَهَنَ فَرَسًا ، فنَفَقَ عند المُرْتَهِنِ ، فجاء إلى النَّبِىِّ ﷺ ، فأخْبَرَه بذلك ، فقال : « ذَهَبَ حَقُّكَ »[2] . ولأنَّها عَيْنٌ مَقْبُوضَةٌ لِلاسْتِيفَاءِ ، فيَضْمَنُها مَن قَبَضَها لذلك ، أو من قَبَضَها نَائِبُه ، كحَقِيقَةِ المُسْتَوْفَى ، ولأنَّه مَحْبُوسٌ بِدَيْنٍ ، فكان مَضْمُونًا ، كالمَبِيعِ إذا حُبِسَ لِاسْتِيفَاءِ

---

(١) فى حاشية ص : « رواه أنس » .

والحديث أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال الرهن مضمون ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٤٠/٦ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣٢/٣ وانظر نصب الراية ، فى : كتاب الرهن ٣٢٢/٤ . وقال : رواه أبو داود فى مراسيله ، عن عطاء ، عن النبى ﷺ .

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال الرهن مضمون ، من كتاب الرهن . السنن الكبرى ٤١/٦ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى الرجل يرهن الرجل فيهلك ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ١٨٣/٧ . وقال الزيلعى : أخرجه أبو داود فى مراسيله ، نصب الراية ٣٢١/٤ .

ثَمَنِه . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ أبى ذِئْبٍ ، عن الزُّهْرِىِّ ، عن سَعِيدِ بن المُسَيَّبِ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ ، لِصَاحِبِه غُنْمُه ، وعَلَيْه غُرْمُهُ »[٣] . رَوَاهُ الأَثْرَمُ عن أحْمَدَ بن عبد اللهِ بن يُونسَ عن ابن أبى ذِئْبٍ ، ورَوَاهُ الشَّافِعِىُّ / عن ابنِ أبى فُدَيْكٍ عن ابن أبى ذِئْبٍ ، ولَفْظُه : « الرَّهْنُ من صَاحِبِه الذى رَهَنَهُ » . وبَاقِيهِ سواءٌ . قال : وَوَصَلَهُ ابنُ المُسَيَّبِ ، عن أبى هُرَيْرَةَ ، عن النَّبِىِّ ﷺ مثلَه أو مثلَ مَعْناه من حَدِيثِ [ابن][٤] أبى أُنَيْسَةَ . ولأنَّه وَثِيقَةٌ بالدَّيْنِ ، فلا يَضْمَنُ ، كالزِّيَادَةِ على قَدْرِ الدَّيْنِ ، وكالكَفِيلِ والشَّاهِدِ ، ولأنَّه مَقْبُوضٌ بعَقْدٍ واحدٍ بعضُه أمَانَةٌ ، فكان جَمِيعُه أمَانَةً ، كالوَدِيعَةِ . وعلَى[٤] مالِكٍ : أنَّ ما لا يُضْمَنُ به العَقَارُ ، لا يُضْمَنُ به الذَّهَبُ . كالوَدِيعَةِ ، فأمَّا حَدِيثُ عَطَاءٍ فهو مُرْسَلٌ ، وقولُ عَطَاءٍ يُخَالِفُه ، قال الدَّارَقُطْنِىُّ : يَرْوِيه إسْمَاعِيلُ بن أُمَيَّةَ ، وكان كَذَّابًا ، وقيل : يَرْوِيهِ مُصْعَبُ بن ثَابِتٍ ، وكان ضَعِيفًا . ويَحْتَمِلُ أنَّه أرَادَ ، ذَهَبَ حَقُّكَ من الوَثِيقَةِ ، بدَلِيلِ أنَّه لم يَسْأَلْ عن قَدْرِ الدَّيْنِ وقِيمَةِ الفَرَسِ ، وحَدِيثُ أنَسٍ إن صَحَّ ، فيَحْتَمِلُ أنَّه مَحْبُوسٌ بما فيه ، وأمَّا المُسْتَوْفَى فإنه صارَ مِلْكًا لِلْمُسْتَوْفِى ، وله نَمَاؤُه وغُنْمُه ، فكان عليه ضَمَانُه وغُرْمُه ، بخِلَافِ الرَّهْنِ ، والبَيْعُ قبلَ القَبْضِ مَمْنُوعٌ .

فصل : وإذا قَضاهُ جَمِيعَ الحَقِّ ، أو أبْرَأَهُ من الدَّيْنِ ، بَقِىَ الرَّهْنُ أمَانَةً فى يَدِه ، وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا قَضاهُ كان مَضْمُونًا ، وإذا أبْرَأَهُ أو وَهَبَهُ لم يكُنْ مَضْمُونًا اسْتِحْسَانًا . وهذا مُنَاقَضَةٌ ؛ لأنَّ القَبْضَ مَضْمُونٌ منه ، لم يَزُلْ ، ولم يُبْرِئْهُ منه . وعندنا أنَّه كان أمَانَةً ، وبَقِىَ على ما كان عليه ، وليس عليه رَدُّه ؛ لأنَّه أمْسَكَهُ بإذْنِ مَالِكِه ، ولا يَخْتَصُّ بنَفْعِه ، فهو كالوَدِيعَةِ ، بخِلَافِ العَارِيَّةِ ، فإنَّه يَخْتَصُّ بنَفْعِها ، وبخِلَافِ ما لو أطَارَتِ الرِّيحُ إلى دَارِه ثَوْبًا ، لَزِمَهُ رَدُّه إلى مَالِكِه ؛ لأنَّ مَالِكَه لم يَأْذَنْ فى إمْسَاكِه ، فأمَّا إن سَأَلَ مَالِكُه فى هذه الحالِ دَفْعَهُ إليه ،

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٤٤ .

(٤) سقط من النسخ . وهو يحيى ابن أبى أنيسة . انظر تهذيب التهذيب ١١/١٨٣ .
والحديث فى : ترتيب مسند الشافعى ٢/١٦٣ ، ١٦٤ .

(٥) فى م : « وعند » .

لَزِمَ مَن هو فى يَدِه ، من المُرْتَهِنِ أو العَدْلِ ، دَفْعُه إليه ، إذا أمْكَنَه ، فإن لم يَفْعَلْ ، صَارَ ضَامِنًا ، كالمُودَعِ إذا امْتَنَعَ مِن رَدِّ الوَدِيعَةِ عندَ طَلَبِها . وإن كان امْتِنَاعُه لِعُذْرٍ ، مثل أن يكونَ بينَه وبينَه طَرِيقٌ مُخِيفٌ ، أو بَابٌ مُغْلَقٌ لا يمكنُه فَتْحُه ، أو كان يَخَافُ فَوْتَ جُمُعَةٍ أو جَمَاعَةٍ ، أو فَوْتَ[٥] صَلَاةٍ ، أو به مَرَضٌ ، أو جُوعٌ شَدِيدٌ ، وما أشْبَهَهُ ، فأَخَّرَ التَّسْلِيمَ لذلك ، فَتَلِفَ ، فلا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّه لا تَفْرِيطَ منه ، فأشْبَه المُودَعَ .

٤/٥٧ و **فصل** : وإذا قَبَضَ المُرْتَهِنُ الرَّهْنَ ، فوَجَدَه / مُسْتَحَقًّا ، لَزِمَهُ رَدُّه على مَالِكِه ، والرَّهْنُ بَاطِلٌ من أصْلِه . فإن أمْسَكَه ، مع عِلْمِه بالغَصْبِ ، حتى تَلِفَ فى يَدِه ، اسْتَقَرَّ عليه الضَّمَانُ ، ولِلْمالِكِ تَضْمِينُ أيهما شَاءَ ، فإن ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ ، لم يَرْجِعْ على أحدٍ لذلك ، وإن ضَمَّنَ الرَّاهِنَ ، رَجَعَ عليه . وإن لم يَعْلَمْ بالغَصْبِ حتى تَلِفَ بتَفْرِيطِه ، فالحُكْمُ كذلك ؛ لأنَّ الضَّمَانَ مُسْتَقِرٌّ[٦] عليه ، وإن تَلِفَ بغير تَفْرِيطِه ، ففيه ثَلَاثَةُ أوْجُهٍ ؛ أحَدُها ، يَضْمَنُ ، ويَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عليه[٧] ؛ لأنَّ مالَ غيره تَلِفَ تَحْتَ يَدِه العَادِيَةِ ، فاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه ، كما لو عَلِمَ . والثانى ، لا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّه قَبَضَهُ على أنَّه أمَانَةٌ من غير عِلْمِهِ ، فلم يَضْمَنْه ، كالوَدِيعَةِ . فعلى هذا يَرْجِعُ المالِكُ على الغَاصِبِ لا غيرُ . والوجهُ الثالث ، أنَّ لِلْمَالِكِ تَضْمِينَ أيِّهما شَاءَ ، ويَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ على الغَاصِبِ ، فإن ضَمَّنَ الغَاصِبَ لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ، وإن ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ رَجَعَ على الغَاصِبِ ؛ لأنه غَرَّهُ ، فرَجَعَ عليه ، كالمَغْرُورِ بحُرِّيَّةِ أمَةٍ .

٧٩٨ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإنِ اخْتَلَفَا فِى الْقِيمَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ مَعَ يَمِينِه ، وَإنِ اخْتَلَفَا فِى قَدْرِ الْحَقِّ ، فالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ مَعَ يَمِينِهِ ، إذَا لَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا قَالَ بَيِّنَةٌ**)

يعنى : إذا اخْتَلَفَا فى قِيمَةِ الرَّهْنِ ، إذا تَلِفَ فى الحالِ التى يَلْزَمُ المُرْتَهِنَ ضَمَانُه ،

(٥) فى الأصل ، ا : « وقت » .

(٦) فى ا ، م : « يستقر » .

(٧) سقط من : الأصل .

وهى إذا تَعَدَّى ، أو لم يَحْرُزْ ، فالقولُ قولُ المُرْتَهِنِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّه غارِمٌ ، ولأنه مُنْكِرٌ لِوُجُوبِ الزِّيَادَةِ على ما أقَرَّ به ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، ولا نَعْلَمُ فيه مُخَالِفًا . وإن اخْتَلَفَا فى قَدْرِ الحَقِّ ، نحوُ أن يقولَ الرَّاهِنُ : رَهَنْتُكَ عَبْدِى هذا بألْفٍ . فقال المُرْتَهِنُ : بل بألْفَيْنِ . فالقولُ قولُ الرَّاهِنِ . وبهذا قال النَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، والْبَتِّىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ . وحُكِىَ عن الحسنِ ، وقَتَادَةَ ، أنَّ القولَ قولُ المُرْتَهِنِ ، ما لم يُجَاوِزْ ثَمَنَ الرَّهْنِ ، أو قِيمَتَه ، ونحوُه قولُ مالِكٍ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أن الرَّهْنَ يكونُ بِقَدْرِ الحَقِّ . ولَنا ، أنَّ الرَّاهِنَ مُنْكِرٌ لِلزِّيَادَةِ التى يَدَّعِيهَا المُرتَهِنُ ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ ؛ لقَوْلِ رسولِ اللهِ ﷺ : « لو يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُم ، لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وأَمْوَالَهُمْ ، ولٰكِنَّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ[1] . ولأنَّ الأَصْلَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ من هذه الأَلْفِ ، فالقولُ قولُ مَن يَنْفِيها ، كما لو اخْتَلَفَا فى أصْلِ الدَّيْنِ ، وما ذَكَرَهُ من الظَّاهِرِ غيرُ مُسَلَّمٍ ؛ فإنَّ العادَةَ رَهْنُ الشىءِ / بأقَلَّ من قِيمَتِه . إذا ثَبَتَ هذا ، فالقولُ قولُ الرَّاهِنِ فى قَدْرِ ما رَهَنَه به ، سواءٌ اتَّفَقَا على أنَّه رَهَنَهُ بجمِيعِ الدَّيْنِ أو اخْتَلَفَا ، فلو اتَّفَقَا على أن الدَّيْنَ أَلْفَانِ ، وقال الرَّاهِنُ : إنَّما رَهَنْتُكَ بأَحَدِ الأَلْفَيْنِ . وقال المُرْتَهِنُ : بل رَهَنْتَه بهما . فالقولُ قولُ الرَّاهِنِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّه يُنْكِرُ تَعَلُّقَ حَقِّ المُرْتَهِنِ فى أحَدِ الأَلْفَيْنِ بِعَبْدِه ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . وإن اتَّفَقَا على أنَّه رَهْنٌ بأَحَدِ الأَلْفَيْنِ ، وقال الرَّاهِنُ : هو رَهْنٌ بالمُؤَجَّلِ . وقال المُرْتَهِنُ : بل بالحَالِّ . فالقولُ قولُ الرَّاهِنِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ ، ولأنَّ القولَ قولُه فى أَصْلِ الرَّهْنِ ، فكذلك فى صِفَتِه ، وهذا إذا لم يكُنْ بَيِّنَةٌ ، فإن كان لأَحَدِهِما بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بها ، بغيرِ خِلَافٍ فى جَمِيعِ هذه المَسائِلِ .

٤/٥٧ ظ

(١) فى : باب اليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ١٣٣٦/٣ .
كما أخرجه البخارى ، فى : باب ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا ﴾ ، من كتاب التفسير ، من سورة آل عمران . صحيح البخارى ٤٣/٦ . والنسائى ، فى : باب عظة الحاكم على اليمين ، من كتاب آداب القضاة . المجتبى ٢١٨/٨ . وابن ماجه ، فى : باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٨/٢ .

فصل : وإن اخْتَلَفَا فى قَدْرِ الرَّهْنِ ، فقال : رَهَنْتُكَ هذا العَبْدَ . قال : بل هو والعَبْدَ الآخَرَ . فالقولُ قولُ الرَّاهِنِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا . وإن قال : رَهَنْتُكَ هذا العَبْدَ . قال : بل هذه الجَارِيَةَ . خَرَجَ العَبْدُ من الرَّهْنِ ، لِاعْتَرافِ المُرْتَهِنِ بأنَّه لم يَرْهَنْهُ ، وحَلَفَ الرَّاهِنُ على أنه ما رَهَنَهُ الجَارِيَةَ ، وخَرَجَتْ من الرَّهْنِ أيضا . وإن اخْتَلَفَا فى رَدِّ الرَّهْنِ إلى الرَّاهِنِ ، فالقولُ قولُه أيضا ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ ، والأَصْلُ معَه . وكذلك الحُكْمُ فى المُسْتَأْجِرِ ، إذا ادَّعَى رَدَّ العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ . وقال أبو الخَطَّابِ : يَتَخَرَّجُ فيهما وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّ القولَ قولُ المُرْتَهِنِ والمُسْتَأْجِرِ فى الرَّدِّ ، بنَاءً على المُضَارِبِ والوَكِيلِ بِجُعْلٍ ، إذا ادَّعَيَا الرَّدَّ ، فإنَّ فيهما وَجْهَيْنِ ، والفَرْقُ بينهما وبينَ المُرْتَهِنِ ، أن المُرْتَهِنَ قَبَضَ العَيْنَ لِيَنْتَفِعَ بها ، وكذلك المُسْتَأْجِرُ والوَكِيلُ ، قَبَضَ العَيْنَ لِيَنْتَفِعَ بالجُعْلِ لا بِالعَيْنِ ، والمُضَارِبُ قَبَضَها لِيَنْتَفِعَ بِرِبْحِها لا بِهَا . وإن اخْتَلَفَا فى تَلَفِ العَيْنِ ، فالقولُ قولُ المُرْتَهِنِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّ يَدَهُ يَدُ أَمانَةٍ ، ويَتَعَذَّرُ عليه إقَامَةُ البَيِّنَةِ على التَّلَفِ ، فقُبِلَ قَوْلُه فيه ، كالمُودَعِ .

فصل : فإن قال : بِعْتُكَ هذا الثَّوْبَ ، على أن تَرْهَنَنِى بِثَمَنِه عَبْدَيْكَ هَذَيْنِ . قال : بل على أن أَرْهَنَكَ هـذا وَحْدَه . ففيها رِوَايَتَانِ ، حَكاهُما القاضى ؛ إحْدَاهما ، يَتَحَالَفَانِ ؛ لأنَّه اخْتِلَافٌ فى البَيْعِ ، فهو كالاخْتِلَافِ فى الثَّمَنِ . والثانية ، القولُ قولُ الرَّاهِنِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ لِشَرْطِ رَهْنِ العَبْدِ الذى اخْتَلَفَا فيه ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . وهذا أصَحُّ .

٥٨/٤ و **فصل** : / وإن قال : أَرْسَلْتَ وَكِيلَكَ ، فرَهَنَنِى عَبْدَكَ ، على عِشْرِينَ قَبَضَها . قال : ما أَمَرْتُه بِرَهْنِه إلَّا بِعَشَرَةٍ ، ولا قَبَضْتُ إلَّا عَشَرَةً . سُئِلَ الرَّسُولُ ، فإن صَدَّقَ الرَّاهِنَ ، فعليه اليَمِينُ أنَّه ما رَهَنَهُ إلَّا بِعَشَرَةٍ ، ولا قَبَضَ إلَّا عَشَرَةً ، ولا يَمِينَ على الرَّاهِنِ ؛ لأنَّ الدَّعْوَى على غيرِه ، فإذا حَلَفَ الوَكِيلُ بَرِئَا جَمِيعا ، وإن نَكَلَ ، فعلَيْه العَشَرَةُ المُخْتَلَفُ فيها ، ولا يَرْجِعُ بها على أحَدٍ ؛ لأنَّه يُصَدِّقُ الرَّاهِنَ فى أنَّه ما أخَذَها ، ولا أَمَرَهُ بأَخْذِها ، وإنَّما المُرْتَهِن ظَلَمَهُ . وإن صَدَّق الوَكِيلُ المُرْتَهِنَ ، وادَّعَى أنَّه

سَلَّمَ العِشْرِينَ إلى الرَّاهِنِ ، فالقولُ قولُ الرَّاهِنِ مع يَمِينه . فإن نَكَلَ ، قُضِىَ عليه بالعَشَرَةِ ، ويَدْفَعُ إلى المُرْتَهِنِ ، وإن حَلَفَ بَرِئَ ، وعلى الرَّسُولِ غَرَامَةُ العَشَرَةِ لِلْمُرْتَهِنِ ؛ لأنَّه يَزْعُمُ أنَّها حَقٌّ له ، وإنَّما الرَّاهِنُ ظَلَمَهُ . وإن عَدِمَ الرَّسُولَ ، أو تَعَذَّرَ إحْلَافُه ، فعَلَى الرَّاهِنِ اليَمِينُ أنَّه ما أَذِنَ فى رَهْنِه إلَّا بِعَشَرَةٍ ، ولا قَبَضَ أكْثَرَ منها ، ويَبْقَى الرَّهْنُ بالعَشَرَةِ الأُخْرَى .

فصل : إذا كان على رَجُلٍ أَلْفَانِ ، أحَدُهما بِرَهْنٍ ، والآخَرُ بغيرِ رَهْنٍ ، فقَضَى أَلْفًا ، وقال : قَضَيْتُ دَيْنَ الرَّهْنِ . وقال المُرْتَهِنُ : بل قَضَيْتَ الدَّيْنَ الآخَرَ . فالقولُ قولُ الرَّاهِنِ مع يَمِينه ، سواءٌ اخْتَلَفَا فى نِيَّةِ الرَّاهِنِ بذلك أو فى لَفْظِه ؛ لأنَّه أعْلَمُ بِنِيَّتِه وصِفَةِ دَفْعِه ، ولأنَّه يقولُ : إن الدَّيْنَ الباقِىَ بلا رَهْنٍ ، والقولُ قولُه فى أصْلِ الرَّهْنِ ، فكذلك فى صِفَتِه ، وإن أَطْلَقَ القَضَاءَ ، و لم يَنْوِ شَيْئًا ، فقال أبو بكرٍ : له صَرْفُها إلى أيِّهما شاءَ ، كما لو كان له مالٌ حاضِرٌ وغائِبٌ ، فأدَّى قَدْرَ زَكَاةِ أحدِهما ، كان له أن يُعَيِّنَ عن أىِّ المالَيْنِ شاءَ . وهذا قولُ بعضِ أصْحابِ الشَّافِعِىِّ . وقال بعضُهم : يَقَعُ الدَّفْعُ عن الدَّيْنَيْنِ معا ، عن كل واحِدٍ منهما نِصْفُه ؛ لأنَّهما تَساوَيَا فى القَضَاءِ ، فتَسَاوَيَا فى وُقُوعِه عنهما ، فأما إن أَبْرَأَهُ المُرْتَهِنُ مِن أحدِ الدَّيْنَيْنِ ، واخْتَلَفَا ، فالقولُ قولُ المُرْتَهِنِ ، على التَّفْصِيلِ الذى ذَكَرْنَاهُ فى الرَّاهِنِ ، ذَكَرَهُ أبو بكرٍ .

فصل : وإذا اتَّفَقَ المُتَرَاهِنَانِ على قَبْضِ العَدْلِ لِلرَّهْنِ ، لَزِمَ الرَّهْنُ فى حَقِّهِما ، و لم يَضُرَّ إنْكَارُه ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما . وإن قال أحدُهما : قَبَضَهُ العَدْلُ . فأنْكَرَ / الآخَرُ ، فالقولُ قولُ المُنْكِرِ ، كما لو اخْتَلَفَا فى قَبْضِ المُرْتَهِنِ له . ولو شَهِدَ العَدْلُ بالقَبْضِ ، لم تُقْبَلْ (٢ شَهادتُه ؛ لأنَّها٢) شَهَادَةُ الوَكِيلِ(٣) لِمُوَكِّله .

٥٨/٤ ظ

(٢ - ٢) سقط من : ا ، م .

(٣) فى الأصل : « الموكل » .

فصل : إذا كان فى يَدِ رَجُلٍ عَبْدٌ ، فقال : رَهَنْتَنِى عَبْدَكَ هذا بأَلْفٍ . فقال : بل قد غَصَبْتَهُ ، أو استَعَرْتَهُ . فالقولُ قولُ السَّيِّدِ ، سواءٌ اعْتَرَفَ بالدَّيْنِ أو جَحَدَهُ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الرَّهْنِ . وإن قال السَّيِّدُ : بِعْتُكَ عَبْدِى هذا بأَلْفٍ . قال : بل رَهَنْتَهُ عِنْدِى بها . فالقولُ قولُ كلِّ واحِدٍ منهما فى العَقْدِ الذى يُنْكِرُه ، ويَأْخُذُ السَّيِّدُ عَبْدَه . وهكذا لو قال : رَهَنْتُكَه بأَلْفٍ أَقْرَضْتَنِيهِ . قال : بل بِعْتَنِيهِ بأَلْفٍ قَبَضْتَهُ مِنِّى ثَمَنًا . فكذلك ، ويَرُدُّ صَاحِبُ العَبْدِ الأَلْفَ ، ويَأْخُذُ عَبْدَهُ .

فصل : وإذا ادَّعَى على رَجُلَيْنِ ، فقال : رَهَنْتُمَانِى عَبْدَكُمَا بِدَيْنِى عَلَيْكُما . فأَنْكَرَاهُ . فالقولُ قولُهما ، فإن شَهِدَ كلُّ واحِدٍ منهما على صَاحِبِه ، قُبِلَتْ شهَادَتُه إذا كان عَدْلًا ، ولِلْمُرْتَهِنِ أن يَحْلِفَ مع كلِّ واحِدٍ منهما ويَصِيرَ جَمِيعُه رَهْنًا ، أو يَحْلِفَ مع أَحَدِهِما ويَصِيرَ نَصِيبُ الآخَرِ رَهْنًا . وإن أَقَرَّ أَحَدُهما ، ثَبَتَ فى حَقِّه وَحْدَهُ . وإن شَهِدَ المُقِرُّ على المُنْكِرِ ، قُبِلَتْ شهَادَتُه إن كان عَدْلًا ؛ لأنَّه لا يَجْلُبُ لِنَفْسِه نَفْعًا ، ولا يَدْفَعُ عنها ضَرًّا[4] . وبهذا قال أصْحَابُ الشَّافِعِىِّ . وقال بَعْضُهم : إذا أَنْكَرَا جَمِيعًا فَفِى شَهَادَتِهِمَا نَظَرٌ ؛ لأن المَشْهُودَ له يَدَّعِى أنَّ كلَّ واحِدٍ منهما ظَالِمٌ له بِجُحُودِه حَقَّه من الرَّهْنِ ، فإذا طَعَنَ المَشْهُودُ له فى شُهُودِه ، لم تُقْبَلْ شهَادَتُهم له . قلْنا : لا يَصِحُّ هذا ؛ فإنَّ إنْكَارَ الدَّعْوَى لا يَثْبُتُ به فِسْقُ المُدَّعَى عليه . وإن كان الحَقُّ عليه ، لِجَوَازِ أن يَنْسَى ، أو تَلْحَقهُ شُبْهَةٌ فيما يَدَّعِيهِ أو يُنْكِرُهُ . وكذلك لو تَدَاعَى رَجُلَانِ شَيْئًا ، وتَخَاصَمَا فيه ، ثم شَهِدَا عندَ الحاكِمِ بشىءٍ ، لم تُرَدَّ شَهَادَتُهما ، وإن كان أحدُهما كَاذِبًا فى مُخَالَفَتِه لِصَاحِبِه ، ولو ثَبَتَ الفِسْقُ بذلك ، لم يَجُزْ قَبُولُ شَهَادَتِهِما جَمِيعًا ، مع تَحَقُّقِ الجَرْحِ فى أَحَدِهِما .

فصل : وإذا رَهَنَ عَيْنًا عند رَجُلَيْنِ ، فنِصْفُها رَهْنٌ عندَ كلِّ واحِدٍ منهما بِدَيْنِه ، ومتى وَفَّى أَحَدَهما ، خَرَجَتْ حِصَّتُه من الرَّهْنِ ؛ لأَنَّ عَقْدَ الواحِدِ مع الاثْنَيْنِ بِمَنْزِلَةِ

---

(٤) فى ا ، م : « ضررا » .

عَقْدَيْنِ ، فكأنَّه رَهَنَ كلَّ واحِدٍ منهما النِّصْفَ مُفْرَدًا ، فإن أرادَ مُقَاسَمَةَ / المُرْتَهِنِ ، وأَخْذَ نَصِيبِ مَن وَفَّاهُ ، وكان الرَّهْنُ ممَّا لا تَنْقُصُه القِسْمَةُ ، كالمَكِيلِ والمَوْزُونِ ، لَزِمَ ذلك ، وإن كان ممَّا تَنْقُصُه القِسْمَةُ ، لم تَجِبْ قِسْمَتُه ؛ لأنَّ على المُرْتَهِنِ ضَرَرًا فى قِسْمَتِه ، ويُقَرُّ فى يَدِ المُرْتَهِنِ ، نِصْفُه رَهْنٌ ، ونِصْفُه وَدِيعَةٌ . وإن رَهَنَ اثْنَانِ عَبْدَهُما عند رَجُلٍ ، فوَفَّاهُ أحَدُهما ، انْفَكَّ الرَّهْنُ فى نَصِيبِه . وقد قال أحمدُ ، فى رِوَايَةِ مُهَنَّا ، فى رَجُلَيْنِ رَهَنَا دَارًا لهما عندَ رَجُلٍ ، على أَلْفٍ ، فقَضَاهُ أَحَدُهما ، ولم يَقْضِ الآخَرُ : فالدَّارُ رَهْنٌ على ما بَقِىَ . وقال أبو الخطَّابِ ، فى رَجُلٍ رَهَنَ عَبْدَه عندَ رَجُلَيْنِ ، فوَفَّى أحَدَهما ، فجَمِيعُه رَهْنٌ عند الآخرِ ، حتى يُوَفِّيَهُ . وهذا من كَلامِ أحمدَ وأبى الخَطَّابِ مَحْمُولٌ على أنَّه ليس لِلرَّاهِنِ مُقَاسَمَةُ المُرْتَهِنِ ، لِمَا عليه من الضَّرَرِ ، لا بِمَعْنَى أنَّ العَيْنَ كلَّها تكونُ رَهْنًا ، إذ لا يجوزُ أن يُقَالَ : إنَّه رَهَنَ نِصْفَ العَبْدِ عندَ رَجُلٍ ، فصَارَ جَمِيعُه رَهْنًا . ولو رَهَنَ اثْنَانِ عَبْدًا لهما عندَ اثْنَيْنِ بِأَلْفٍ ، فهذه أَرْبَعَةُ عُقُودٍ ، ويَصِيرُ كلُّ رُبْعٍ من العَبْدِ رَهْنًا بمائتَيْنِ وخَمْسِينَ ، فمتى قَضَاهَا مَن هى عليه ، انْفَكَّ من الرَّهْنِ ذلك القَدْرُ . قالَه القاضى ، وهو الصَّحِيحُ .

فصل : ولو ادَّعَى رَجُلَانِ على رَجُلٍ أنَّه رَهَنَهما عَبْدَه ، وقال كلُّ واحِدٍ منهما : رَهَنَهُ عندى دون صَاحِبِى . فأنْكَرَهُما جَمِيعًا ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه . وإن أنْكَرَ أحَدَهما ، وصَدَّقَ الآخَرَ ، سُلِّمَ إلى من صَدَّقَهُ ، وحُلِّفَ الآخَرُ . وإن قال : لا أَعْلَمُ عَيْنَ المُرْتَهِنِ منهما . حَلَفَ على ذلك ، والقولُ قولُ مَن هو فى يَدِه منهما مع يَمِينِه . وإن كان فى أَيْدِيهِما ، حَلَفَ كلُّ واحِدٍ منهما على نِصْفِه ، وصَارَ رَهْنًا عندَه . وإن كان فى يَدِ غَيْرِهِما ، أُقْرِعَ بينهما ، فمن قَرَعَ صَاحِبَه ، حَلَفَ وأَخَذَهُ ، كما لو ادَّعَيَا مِلْكَه . ولو قال : رَهَنْتُه عند أَحَدِهِما ، ثم رَهَنْتُه للآخَرِ ، ولا أَعْلَمُ السَّابِقَ منهما . فكذلك . وإنْ قال : هذا هو السَّابِقُ بالعَقْدِ والقَبْضِ . سُلِّمَ إليه ، وحَلَفَ لِلآخَرِ . وإن نَكَلَ والعَبْدُ فى يَدِ الأَوَّلِ ، أو يَدِ غيرِه ، فعليه قِيمَتُه للثانِى ، كما لو قال : هذا العَبْدُ لِزَيْدٍ ، وغَصَبْتُه من عَمْرٍو . فإنَّه يُسَلِّمُ إلى زَيْدٍ ، ويَغْرَمُ قِيمَتَه لِعَمْرٍو . وإن نَكَلَ والعَبْدُ فى يَدِ الثانى ، أُقِرَّ فى يَدِه ، وغَرِمَ قِيمَتَه لِلأَوَّلِ ؛ لأنَّه أَقَرَّ له بعدَ

ما فَعَلَ ما حَالَ بينه وبين مَن أقَرَّ له[٥] ، فلَزِمَتْهُ قِيمَتُه ، كما قُلْنا . وقال القاضى : إذا اعْتَرَفَ به / لغيرِ مَن هو فى يَدِه ، فهل يَرْجِعُ صَاحِبُ اليَدِ أو المُقرُّ له ؟ على وَجْهَيْنِ . ٥٩/٤ ظ

ولو اعْتَرَفَ لأَحَدِهما وهو فى يَدَيْهِما . ثَبَتَتْ يَدُ المُقرِّ له (٦فى النِّصْفِ٦) ، وفى النِّصْفِ الآخَرِ وَجْهَانِ .

فصل : إذا أَذِنَ لِلرَّاهِنِ فى بَيْعِ الرَّهْنِ بعدَ حُلُولِ الحَقِّ ، جَازَ ، وتَعَلَّقَ حَقُّه بثَمَنِه . وإن أَذِنَ له قبلَ حُلُولِه مُطْلَقًا ، فبَاعَهُ ، بَطَلَ الرَّهْنُ ، و لم يكن عليه عِوَضُه ؛ لأَنَّه أَذِنَ له فيما يُنَافِى حَقَّهُ ، فأَشْبَهَ ما لو أَذِنَ فى عِتْقِه ، ولِلْمَالِكِ أَخْذُ ثَمَنِه . وبه قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ ومحمدٌ : يكونُ الثَّمَنُ رَهْنًا ؛ لأَنَّ الرَّاهِنَ بَاعَ الرَّهْنَ بإِذْنِ المُرْتَهِنِ فَوَجَبَ أن يَثْبُتَ حَقُّهُ فيه ، كما لو حَلَّ الدَّيْنُ . قال الطَّحَاوِىُّ : حَقُّ المُرْتَهِنِ مُتَعَلِّقٌ بعَيْنِ الرَّهْنِ ، والثَّمنُ بَدَلُه ، فوَجَبَ أن يَتَعَلَّقَ به ، كالو أَتْلَفَهُ مُتْلِفٌ . ولَنا ، أَنَّه تَصَرُّفٌ يُبْطِلُ حَقَّ المُرْتَهِنِ من عَيْنِ الرَّهْنِ ، لا يَمْلِكُه المُرْتَهِنُ ، فإذا أَذِنَ فيه ، أَسْقَطَ حَقَّه ، كالعِتْقِ ، ويُخَالِفُ ما بعدَ الحُلُولِ ؛ لأَنَّ المُرْتَهِنَ يَسْتَحِقُّ البَيْعَ ، ويُخَالِفُ الإِتْلَافَ ؛ لأَنَّه غيرُ مَأْذُونٍ فيه من جِهَةِ المُرْتَهِنِ . فإن قال : إنَّما أَرَدْتُ بإِطْلَاقِ الإِذْنِ أن يكون ثَمَنُه رَهْنًا . لم يُلْتَفَتْ إلى دَعْوَاهُ ؛ لأَنَّ إِطْلَاقَ الإِذْنِ يَقْتَضِى بَيْعًا بِفَسْخِ الرَّهْنِ ، وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وإن أَذِنَ فيه بِشَرْطِ أن يَجْعَلَ ثَمَنَه مَكَانَه رَهْنًا ، أو يُعَجِّلَ له دَيْنَه من ثَمَنِه ، جَازَ ، ولَزِمَ ذلك . وإن اخْتَلَفَا فى الإِذْنِ ، فالقولُ قولُ المُرْتَهِنِ ؛ لأَنَّه مُنْكِرٌ . وإن أَذِنَ فى البَيْعِ ، واخْتَلَفَا فى شَرْطِ جَعْلِ ثَمَنِه رَهْنًا ، أو تَعْجِيلِ دَيْنِه منه ، فالقولُ قولُ الرَّاهِنِ ؛ لأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الشَّرْطِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ القولُ قولَ المُرْتَهِنِ ؛ لأَنَّ الأَصْلَ بَقاءُ الوَثِيقَةِ . وإن أَذِنَ الرَّاهِنُ فى البَيْعِ ، ثم رَجَعَ قبلَ البَيْعِ ، فباعَهُ المُرْتَهِنُ بعدَ العِلْمِ بالرُّجُوعِ ، لم يَصِحَّ بَيْعُه . وإن بَاعَهُ

---

(٥) فى ا زيادة : « به » .

(٦ - ٦) سقط من : م .

بعدَ الرُّجُوعِ ، وقَبْلَ العِلْمِ ، احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ، بنَاءً على عَزْلِ الوَكِيلِ قبلَ عِلْمِه . فإن اخْتَلَفَا فى الرُّجُوعِ قبلَ البَيْعِ ، فقال القاضى : القولُ قولُ المُرْتَهِنِ أيضا ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الرُّجُوعِ ، وعَدَمُ البَيْعِ قبلَ الرُّجُوعِ ، فتَعَارَضَ الأَصْلانِ ، وبَقِيَتِ العَيْنُ رَهْنًا على ما كانتْ[7] . وبهذا كلِّه قال / الشَّافِعِيُّ . وهذا فيما لا يُحْتَاجُ إلى بَيْعِه ، فأمَّا ما دَعَتِ الحاجَةُ إلى بَيْعِه ، كالذى خِيفَ تَلَفُه ، إذا أُذِنَ فى بَيْعِه مُطْلَقًا ، تَعَلَّقَ الحَقُّ بِثَمَنِه ؛ لأنَّ بَيْعَهُ مُسْتَحَقٌّ ، فأشْبَه ما بِيعَ بعدَ حُلُولِ الدَّيْنِ .

٦٠/٤ و

فصل : إذا حَلَّ الحَقُّ ، لَزِمَ الرَّاهِنَ الإِيفَاءُ ؛ لأنَّه دَيْنٌ حَالٌّ ، فلَزِمَ إيفَاؤُه ، كالذى لا رَهْنَ به ، فإن لم يُوَفِّ ، وكان قد أَذِنَ لِلْمُرتَهِنِ أو لِلْعَدْلِ فى بَيْعِ الرَّهْنِ ، بَاعَهُ ، وَوَفَّى الحَقَّ من ثَمَنِه ، وما فَضَلَ من ثَمَنِه فلِمَالِكِه ، وإن فَضَلَ من الدَّيْنِ شىءٌ فعَلَى الرَّاهِنِ . وإن لم يكُنْ أَذِنَ لهما فى بَيْعِه ، أو كان قد أَذِنَ لهما ثم عَزَلَهُما ، طُولِبَ بالوَفَاءِ أو بَيْعِ[8] الرَّهْنِ ، فإن فَعَلَ ، وإلَّا فَعَلَ الحاكِمُ ما يَرَى من حَبْسِه وتَعْزِيرِه لِيَبْيعِه ، أو يَبِيعُه بنَفْسِه أو أَمِينِه . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَبِيعُه الحاكِمُ ؛ لأنَّ وِلَايَةَ الحاكِمِ على مَن عليه الحَقُّ ، لا على مَالِه ، فلم يَنْفُذْ بَيْعُه بغيرِ إذْنِه . ولَنا ، أنَّه حَقٌّ تَعَيَّنَ عليه ، فإذا امْتَنَعَ من أَدَائِه . قَامَ الحاكِمُ مَقَامَهُ فى أَدَائِه كالإِيفَاءِ مِن جِنْسِ الدَّيْنِ ، وإن وَفَّى الدَّيْنَ من غيرِ الرَّهْنِ ، انْفَكَّ الرَّهْنُ .

٧٩٩ ـ مسألة ؛ قال : (وَالْمُرْتَهِنُ أَحَقُّ بِثَمَنِ الرَّهْنِ مِنْ جَمِيعِ الْغُرَمَاءِ ، حَتَّى يَسْتَوْفِىَ حَقَّهُ ، حَيًّا كانَ الرَّاهِنُ أو مَيِّتًا)

وجملتُه أنَّه إذا ضَاقَ مالُ الرَّاهِنِ عن دُيُونِه ، وطالَبَ الغُرَماءُ بدُيُونِهم ، أو حُجِرَ عليه لِفَلَسِه ، وأُرِيدَ قِسْمَةُ مَالِه بينَ غُرَمَائِه ، فأَوَّلُ مَن يُقَدَّمُ مَنْ له أَرْشُ جِنَايَةٍ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ بعضِ عَبِيدِ المُفْلِسِ ؛ لما ذَكَرْنا من قبلُ ، ثم مَنْ له رَهْنٌ ؛ فإنَّه يُخَصُّ بِثَمَنِه

(٧) فى النسخ زيادة : « القول » ولم نجد له توجيها .

(٨) فى م : « وبيع » .

عن سَائِرِ الغُرَماءِ ؛ لأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِعَيْنِ الرَّهْنِ وذِمَّةِ الرَّاهِنِ معًا ، وسَائِرُهم يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بالذِّمَّةِ دونَ العَيْنِ ، فكان حَقُّه أقْوَى ، وهذا من أكْثَرِ فَوَائِدِ الرَّهْنِ ، وهو تَقْدِيمُه بِحَقِّهِ عندَ فَرْضِ مُزَاحَمَةِ الغُرَمَاءِ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْى ، وغيرِهم ، فَيُباعُ الرَّهْنُ ، فإن كان ثَمَنُه وَفْقَ حَقِّه أخَذَهُ ، وإن كان فيه فَضْلٌ عن دَيْنِه رُدَّ البَاقِى على الغُرَمَاءِ ، وإن فَضَلَ من دَيْنِه شىءٌ أخَذَ ثَمَنَهُ ، وضَرَبَ مع الغُرَمَاءِ بِبَقِيَّةِ دَيْنِه ، ثم مِنْ بعد ذلك مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فهو أحَقُّ بها ، ثم يُقْسمُ البَاقِى بين الغُرَمَاءِ ، على قَدْرِ دُيُونِهم ، ولو كان فيهم مَنْ دَيْنُه / ثَابِتٌ بِجنَايَةِ المُفْلِسِ ، لم يُقَدَّمْ ، وكان أُسْوَةَ الغُرَمَاءِ ؛ لأنَّ أَرْشَ جنَايَتِه يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِه دون مَالِه ، فهو كَبَقِيَّةِ الدُّيُونِ ، بخِلَافِ أَرْشِ جِنَايَةِ العَبْدِ ، فإنَّها تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ العَبْدِ ، فلذلك كان أحَقَّ به ممَّن تَعَلَّقَ حَقُّه بمُجَرَّدِ الذِّمَّةِ ، ولا فَرْقَ فى اسْتِحْقَاقِ ثَمَنِ الرَّهْنِ والاخْتِصَاصِ به بينَ كونِ الرَّاهِنِ حَيًّا أو مَيِّتًا ؛ لأنَّ تَقْدِيمَ حَقِّه من حيثُ كان حَقُّهُ مُتَعَلِّقًا بعَيْنِ المالِ ، وهذا المَعْنَى لا يَخْتَلِفُ بالحَيَاةِ والمَوْتِ ، فكذلك ما ثَبَتَ به ، كأَرْشِ الجِنَايَةِ .

(٤/٦٠ ظ)

فصل : ولو باعَ شيئا أو بَاعَهُ وَكِيلُه وقَبَضَ الثَّمنَ ، أو بَاعَ العَدْلُ الرَّهْنَ وقَبَضَ الثَّمنَ فَتلِفَ ، وتَعَذَّرَ رَدُّه ، وخَرَجَتِ السِّلْعَةُ مُسْتَحقَّةً ، سَاوَى المُشْتَرِى الغُرَمَاءَ ؛ لأنَّ حَقَّهُ لم يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِ المالِ ، فهو بِمَنْزِلَةِ أَرْشِ جِنَايَةِ المُفْلِسِ . وذَكَرَ القاضى احْتِمَالًا آخَرَ ، أنَّه يُقَدَّمُ على الغُرَمَاءِ ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بمُجَرَّدِ الذِّمَّةِ ، فكان أَوْلَى ، كالمُرْتَهِنِ ، ولأنَّه لو لم يُقَدَّمْ على الغُرَمَاءِ ، لَامْتَنَعَ النَّاسُ عن[1] شِرَاءِ مَالِ المُفْلِسِ ، خَوْفًا مِن ضَيَاعِ أمْوَالِهِم ، فتَقِلُّ الرَّغَبَاتُ فيه ، ويَقِلُّ ثَمَنُه ، فكان تَقْدِيمُ المُشْتَرِى بذلك على الغُرَمَاءِ أَنْفَعَ لهم . وهذا وَجْهٌ لأَصْحَابِ الشَّافِعِىِّ . ولَنا ، أنَّ هذا حَقٌّ لم يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِ المالِ ، فلم يُقَدَّمْ ، كالذى جَنَى عليه المُفْلِسُ ، وفَارَقَ

---

(١) فى الأصل : « من » .

المُرْتَهِنَ ، فإنَّ حَقَّهُ تَعَلَّقَ بالعَيْنِ ، وما ذَكَرُوهُ من المَعْنَى الأَوَّلِ مُنْتَقِضٌ بأَرْشِ جِنَايَةِ المُفْلِسِ ، والثانى مَصْلَحَةٌ لا أَصْلَ لها ، فلا يَثْبُتُ الحُكْمُ بها . فأمَّا إن كان الثمنُ مَوْجُودًا ، يُمْكِنُ رَدُّه ، وَجَبَ رَدُّه ، ويَنفَرِدُ به صَاحِبُه ؛ لأَنَّ عَيْنَ مَالِه لم يَتَعَلَّقْ به حَقُّ أَحَدٍ من الناسِ ، وكذلك صَاحِبُ السِّلْعَةِ المُسْتَحَقَّةِ يَأْخُذُها ، ومتى بَاعَ العَدْلُ مَالَ المُفْلِسِ ، أو بَاعَ الرَّهْنَ وخَرَجَتِ السِّلْعَةُ مُسْتَحقَّةً ، فالعُهْدَةُ على المُفْلِسِ ، فلا شَىْءَ على العَدْلِ ؛ لأنَّه أَمِينٌ .

فصل : ومن اسْتَأْجَرَ دَارًا أو بَعِيرًا بِعَيْنِه ، أو شيئا غَيْرَهما بِعَيْنِه ، ثم أَفْلَسَ المُؤْجِرُ ، فالمُسْتَأْجِرُ أَحَقُّ بالعَيْنِ التى اسْتَأْجَرَها من الغُرَمَاءِ ، حتى يَسْتَوْفِىَ حَقَّهُ ؛ لأنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِعَيْنِ المالِ ، والمَنْفَعَةُ مَمْلُوكَةٌ له فى هذه المُدَّةِ ، فكان أَحَقَّ بها ، كما لو اشْتَرَى منه شيئا . فإن هَلَكَ البَعِيرُ ، أو انْهَدَمَتِ الدَّارُ ، قبلَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ ، انْفَسَخَتِ الإِجَارَةُ ، / ويَضْرِبُ مع الغُرَمَاءِ بِبَقِيَّةِ الأُجْرَةِ . وإن اسْتَأْجَرَ جَمَلًا فى الذِّمَّةِ أو غيرَه ، ثم أَفْلَسَ المُؤْجِرُ ، فالمُسْتَأْجِرُ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ ؛ لأنَّ حَقَّهُ لم يَتَعَلَّقْ بالعَيْنِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىّ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا . فإن آجَرَ دَارًا ثم أَفْلَسَ ، فاتَّفَقَ الغُرَمَاءُ والمُفْلِسُ على البَيْعِ قبلَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الإِجَارَةِ ، فلهم ذلك ، ويَبِيعُونَها مُسْتَأْجَرَةً ، وإن اخْتَلَفُوا ، قُدِّمَ قولُ مَن طَلَبَ البَيْعَ فى الحالِ ؛ لأنَّه أَحْوَطُ من التَّأْخِيرِ ، فإذا اسْتَوْفَى المُسْتَأْجِرُ يُسَلَّمُ المُشْتَرِى . وإن اتَّفَقُوا على تَأْخِيرِ البَيْعِ حتى تَنْقَضِىَ مُدَّةُ الإِجَارَةِ ، فلهم ذلك ؛ لأنَّ الحَقَّ لهم ، لا يَخْرُجُ عنهم .

٦١/٤ و

فصل : ولو بَاعَ سِلْعَةً ، ثم أَفْلَسَ قبلَ تَقْبِيضِها ، فالمُشْتَرِى أَحَقُّ بها من الغُرَمَاءِ ، سواءٌ كانت من المَكِيلِ والمَوْزُونِ أو غيرِهما ؛ لأَنَّ المُشْتَرِىَ قد مَلَكَها ، وثَبَتَ مِلْكُه فيها ، فكان أَحَقَّ بها ، كما لو قَبَضَها ، ولا فَرْقَ بين ما قبل قَبْضِ الثَّمَنِ وما بعدَه . وإن كان عليه سَلَمٌ ، فَوَجَدَ المُسْلِمُ الثَّمَنَ قَائِمًا . فهو أَحَقُّ به ؛ لأنَّه وَجَدَ عَيْنَ مَالِه ، وإن لم يَجِدْه ، فله أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ ؛ لأنَّه

لم يَتَعَلَّقْ حَقُّه بِعَيْنِ مَالٍ ، ولا ثَبَتَ مِلْكُه فيه ، ويَضْرِبُ مع الغُرَمَاءِ بالمُسْلَمِ فيه الذى يَسْتَحِقُّه دونَ الثَّمَنِ ، فيُعْزَلُ له قَدْرُ حَقِّهِ ، فإن كان فى المالِ جِنْسُ حَقِّه ، أَخَذَ منه بِقَدْرِ ما يَسْتَحِقُّه ، وإن لم يكُنْ فيه جِنْسُ حَقِّه ، عُزِلَ له بِقَدْرِ حَقِّه ، فيَشْتَرِى به المُسْلَمَ فيه ، فيَأْخُذُه ، وليس له أن يَأْخُذَ المَعْزُولَ بِعَيْنِه ؛ لِئَلَّا يكونَ بَدَلًا عمَّا فى الذِّمَّةِ من المُسْلَمِ فيه . ولا يجوزُ أَخْذُ البَدَلِ عن المُسْلَمِ فيه . وإن أَمْكَنَ أن يشتَرى بالمَعْزُولِ أكْثَرَ ممَّا قُدِّرَ له ، لِرُخْصِ المُسْلَمِ فيه ، اشْتُرِىَ له بِقَدْرِ حَقِّه ، وَرُدَّ الباقِى على الغُرَمَاءِ . مِثالُه ، رَجُلٌ أَفْلَسَ وله دِينَارٌ ، وعليه لِرَجُلٍ دِينَارٌ ، ولآخَرَ قَفِيزُ حِنْطَةٍ من سَلَمٍ قِيمَتُه[2] دِينَارٌ . فإنَّه يُقْسَمُ دِينَارُ المُفْلِسِ نِصْفَيْنِ ، لِصَاحِبِ الدِّينَارِ نِصْفُه ، ويُعْزَلُ نِصْفُه لِلْمُسْلِمِ ، فإن رَخُصَتِ الحِنْطَةُ ، فصَارَ قِيمَةُ القَفِيزِ نِصْفَ دِينَارٍ ، تَبَيَّنَّا أنَّ حَقَّهُ مثلُ نِصْفِ حَقِّ صَاحِبِ الدِّينَارِ ، فلا يَسْتَحِقُّ من دِينَارِ المُفْلِسِ إلَّا ثُلُثَه ، فيُشْتَرَى[3] له به ثُلُثَا قَفِيزٍ ، فيُدْفَعُ إليه ، ويُرَدُّ سُدُسُ الدِّينَارِ على الغَرِيمِ الآخَرِ ، فإن غَلَا المُسْلَمُ فيه ، فصَارَ قِيمَةُ القَفِيزِ دِينَارَيْنِ ، تَبَيَّنَّا أنَّه يَسْتَحِقُّ مِثْلَىْ ما يَسْتَحِقُّه صَاحِبُ الدِّينَارِ ، فيكونُ له من دِينَارِ المُفْلِسِ / ثُلُثَاهُ فيُشْتَرَى له بالنِّصْفِ المَعْزُولِ ، ويَرْجِعُ على الغَرِيمِ بِسُدُسِ دِينَارٍ ، يُشْتَرَى له به أيضا ؛ لأنَّ المَعْزُولَ مِلْكُ المُفْلِسِ ، وإنما لِلْمُسْلِمِ قَدْرُ حَقِّه ، فإن زَادَ فَلِلْمُفْلِسِ ، وإن نَقَصَ فعليه .

٦١/٤ و

فصل : قال عبدُ اللهِ بن أحمدَ : سألتُ أبى عن رجلٍ عندَه رُهُونٌ كثِيرَةٌ ، لا يَعْرِفُ أَصْحَابَها ، ولا مَن رَهَنَ عندَه . قال : إذا أَيِسْتَ من مَعْرِفَتِهم ، ومَعْرِفَةِ وَرَثَتِهِمْ ، فأَرَى أن تُبَاعَ ويُتَصَدَّقَ بِثَمَنِها ، فإن عَرَفَ بعدُ أَرْبَابَها ، خَيَّرَهُم بين الأَجْرِ أو يَغْرَمَ لهم ، هذا الذى أَذْهَبُ إليه . وقال أبو الحارِثِ ، عن أحمدَ ، فى

---

(٢) فى الأصل : « ثمنه » .

(٣) فى ا ، م : « يشترى » .

الرَّهْنِ يكونُ عنده السِّنِينَ الكَثِيرَةَ ، يَأْيَسُ من صَاحِبِه : يَبِيعُه ، ويَتَصَدَّقُ بالفَضْلِ . فظاهِرُ هذا أنَّه يَسْتَوْفِى حَقَّه . ونَقَلَ أبو طَالِبٍ : لا يَسْتَوْفِى حَقَّه من ثَمَنِه . لكنْ[4] [5]إن جاءَ[5] صاحِبُه[6] فطَلَبَهُ ، أعْطَاهُ إيَّاهُ ، وطَلَبَ منه حَقَّهُ ، وأمَّا إن رَفَعَ أمْرَه إلى الحاكِمِ ، فبَاعَه ووَفَّاهُ منه حَقَّهُ ، جازَ ذلك .

---

(٤) فى ا ، م : « ولكن » .

(٥ - ٥) سقط من : ا .

(٦) فى ا ، م : « صاحبها » .

كتابُ المُفْلِسِ

المُفْلِسُ هو الذّى لا مَالَ له ، ولا ما يَدْفَعُ به حاجَتَهُ ، ولهذا لمَّا قال النَّبىُّ ﷺ لأَصْحَابِه : « أَتَدْرُونَ مَنِ المُفْلِسُ ؟ » . قالوا : يا رسولَ اللهِ ، المُفْلِسُ فينا مَن لا دِرْهَمَ له ولا مَتَاعَ . قال : « لَيسَ ذَلِكَ المُفْلِسَ ، ولَكِنَّ المُفْلِسَ مَنْ يَأْتِى يَوْمَ القِيَامَةِ بِحَسنَاتٍ أَمْثَالِ الجِبَالِ ، ويَأْتِى وَقَدْ ظَلَمَ هَذَا ، وَلَطَمَ هَذَا ، وأَخَذَ مِنْ عِرْضِ هَذَا ، فيَأْخُذُ هَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، وهَذَا مِنْ حَسَنَاتِه ، فَإِنْ بَقِىَ عَلَيْهِ شَىْءٌ أُخِذَ مِنْ سَيِّئَاتِهم ، فَرُدَّ عَلَيْهِ ، ثُمَّ صُكَّ لَهُ صَكٌّ إِلَى النَّارِ » . أخْرَجَهُ مُسْلِمٌ بمعناه[1] . فقَوْلُهم ذلك إخْبَارٌ عن حَقِيقَةِ المُفْلِسِ ، وقولُ النَّبىِّ ﷺ : « لَيسَ ذَلِكَ[2] المُفْلِسَ » . تَجَوُّزٌ لم يُرِدْ به نَفْىَ الحَقِيقَةِ ، بل أرادَ أنَّ فَلَسَ الآخِرَةِ أشَدُّ وأَعْظَمُ ؛ بحيثُ يَصِيرُ مُفْلِسُ الدُّنْيا بالنِّسْبَةِ إليه كالغَنِىِّ . ونحوُ هذا قولُه ﷺ : « لَيسَ الشَّدِيدُ بِالصُّرَعَةِ ، ولَكِنَّ الشَّدِيدَ الَّذِى يَغْلِبُ نَفْسَهُ عِنْدَ الغَضَبِ »[3] . وقولُه : « لَيسَ السَّابِقُ مَنْ سَبَقَ بَعيرُهُ ، وَإِنَّمَا السَّابِقُ مَنْ غُفِرَ لَهُ »[4] . وقولُه : « لَيسَ الغِنَى عَنْ كَثْرَةِ العَرَضِ ،

---

(١) فى : باب تحريم الظلم ، من كتاب البر . صحيح مسلم ١٩٩٧/٤ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣٠٣/٢ ، ٣٣٤ ، ٣٧٢ .

(٢) فى الأصل : « ذلكم » .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب الحذر من الغضب ... ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ٣٤/٨ . ومسلم ، فى : باب فضل من يملك نفسه عند الغضب ... ، من كتاب البر . صحيح مسلم ٢٠١٤/٤ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الغضب ، من كتاب حسن الخلق . الموطأ ٩٠٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٣٦/٢ ، ٢٦٨ .

(٤) لم نجده .

إنَّمَا الْغِنَى غِنَى النَّفْسِ »[٥] . ومنه قولُ الشَّاعِرِ[٦] :

/ لَيْسَ مَنْ مَاتَ فَاسْتَرَاحَ بِمَيْتٍ إِنَّمَا المَيْتُ مَيِّتُ الأَحْيَاءِ ٦٢/٤ و

وإنما سُمِّى هذا مُفْلِسًا ؛ لأنَّه لا مَالَ له إلَّا الفُلُوسُ ، وهى أَدْنَى أَنْوَاعِ المالِ . والمُفْلِسُ فى عُرْفِ الفُقَهَاءِ : مَن دَيْنُه أَكْثَرُ من مَالِه ، وخَرْجُه أكْثَرُ من دَخْلِه . وسَمَّوْهُ مُفْلِسًا وإن كان ذا مَالٍ ؛ لأنَّ مَالَهُ مُسْتَحقُّ الصَّرْفِ فى جِهَةِ دَيْنِه ، فكأنَّه مَعْدُومٌ . وقد دَلَّ عليه تَفْسِيرُ النَّبِىِّ ﷺ مُفْلِسَ الآخِرَةِ ، فإنَّه أَخْبَرَ أنَّ له حَسَنَاتٍ أمثالَ الجِبَالِ ، لكنَّها كانت دُونَ ما عليه ، فقُسِمَتْ بينَ الغُرَمَاءِ ، وبَقِىَ لا شَىءَ له . ويجوزُ أن يَكونَ سُمِّىَ بذلك لما يَؤُولُ إليه من عَدمِ مَالِه بعدَ وَفَاءِ دَيْنِه ، ويجُوزُ أن يكونَ سُمِّى بذلك ، لأنَّه يُمْنَعُ من التَّصَرُّفِ فى مَالِه ، إلَّا الشَّىءَ التَّافِهَ الَّذى لا يَعِيشُ إلَّا به ، كالفُلُوسِ ونَحْوِها .

فصل : ومتى لَزِمَ الإنْسَانَ دُيُونٌ حَالَّةٌ ، لا يَفِى مَالُه بها ، فسَأَلَ غُرَماؤُه الحاكِمَ الحَجْرَ عليه ، لَزِمَتْه إجابَتُهم ، ويُسْتَحَبُّ أن يَظْهَرَ الحَجْرُ عليه لِتُجْتَنَبَ مُعامَلَتُه ، فإذا حُجِرَ عليه ثَبَتَ بذلك أربعةُ أحْكامٍ ؛ أحَدُها ، تَعَلُّقُ حُقُوقِ الغُرَمَاءِ بعَيْنِ مَالِه . والثانى ، مَنْعُ تَصَرُّفِه فى عَيْنِ مَالِه . والثالث ، أنَّ مَن وَجَدَ عَيْنَ مَالِه عندَه فهو أحَقُّ بها من سَائِرِ الغُرَمَاءِ إذا وُجِدَتِ الشُّرُوطُ . الرابع ، أنَّ لِلْحَاكِمِ بَيْعَ مَالِه وإيفَاءَ الغُرَمَاءِ . والأَصْلُ فى هذا ما رَوَى كَعْبُ بن مالِكٍ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ حَجَرَ على

---

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب الغنى غنى النفس ، من كتاب الرقاق . صحيح البخارى ١١٨/٨ . ومسلم ، فى : باب ليس الغنى عن كثرة العرض ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧٢٦/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أن الغنى غنى النفس ، من أبواب الزهد . عارضة الأحوذى ٢٢١/٩ . وابن ماجه ، فى : باب القناعة ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ١٣٨٦/٢ . والإمام أحمد ، فى المسند : ٢٤٣/٢ ، ٢٦١ ، ٣١٥ ، ٣٩٠ ، ٤٣٨ ، ٤٤٣ ، ٥٣٩ ، ٥٤٠ .

(٦) نسب ابن منظور البيت ، فى اللسان (م و ت) ، إلى عدى بن الرعلاء الغسانى ، أحد بنى عمرو بن مازن ، والرعلاء أمه ، وكذلك نسبه ابن يعيش فى : شرح المفصل ٦٩/١٠ . ونسبه ياقوت ، فى معجم الأدباء ٩/١٢ إلى صالح بن عبد القدوس .

مُعاذِ بن جَبَلٍ ، وبَاعَ مَالَهُ . رَوَاهُ الخَلَّالُ بإسْنَادِه[٧] . وعن عبد الرحمنِ بن كَعْبٍ ، قال : كان مُعَاذُ بن جَبَلٍ من أفْضَلِ شَبَابِ قَوْمِه ، ولم يكُنْ يُمْسِكُ شَيْئًا ، فلم يَزَلْ يُدَانُ حتى أَغْرَقَ مَالَهُ فى الدَّيْنِ ، فكَلَّمَ النَّبِىَّ ﷺ غُرَمَاءَهُ ، فلو تُرِكَ أحَدٌ من أجْلِ أحَدٍ لَتَرَكُوا مُعَاذًا من أَجْلِ رسولِ اللهِ ﷺ ، فبَاعَ لهم رسولُ اللهِ ﷺ مَالَهُ ، حتى قَامَ مُعَاذٌ بغَيْرِ شىءٍ[٨] . قال بعضُ أهْلِ العِلْمِ : إنَّما لم يَتْرُكِ الغُرَمَاءُ لِمُعَاذٍ حين كَلَّمَهُم رسولُ الله ﷺ ، لأنَّهم كانوا يَهُودًا .

٨٠٠ – مسألة ؛ قال : (وإذَا فَلَّسَ الْحَاكِمُ رَجُلًا ، فَأَصَابَ أَحَدُ الغُرَمَاءِ عَيْنَ مَالِهِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، إلَّا أَنْ يَشَاءَ تَرْكَهُ ، ويَكُونَ أُسْوَةَ الغُرَمَاءِ)

وجُمْلتُه أنَّ المُفْلِسَ متى حُجِرَ عليه ، فوَجَدَ بعضُ غُرَمَائِه سِلْعَتَهُ التى بَاعَه إيَّاهَا بعَيْنِها ، بالشُّرُوطِ التى يَذْكُرُها ، مَلَكَ فَسْخَ البَيْعِ ، وأخَذَ سِلْعَتَه . / ورُوِىَ ذلك عن عُثْمَانَ ، وعَلِىٍّ ، وأبى هُرَيْرَةَ . وبه قال عُرْوَةُ ، ومالِكٌ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال الحسَنُ ، والنَّخَعِىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، وأبو حنيفةَ : هو أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ ؛ لأنَّ البائِعَ كان له حَقُّ الإمْسَاكِ لِقَبْضِ الثَّمَنِ ، فلمَّا سَلَّمَه أَسْقَطَ حَقَّه من الإمْساكِ ، فلم يكُنْ له أن يَرْجِعَ فى ذلك بالإفْلاسِ ، كالمُرْتَهِنِ إذا سَلَّمَ الرَّهْنَ إلى الرَّاهِنِ . ولأنَّه ساوَى الغُرَماءَ فى سَبَبِ الاسْتِحْقاقِ ، فَيُساوِيهم فى الاسْتِحْقاقِ ، كسائِرِهم . ولَنا ، ما روَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِه عِنْدَ إنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ

٦٢/٤ ظ

---

(٧) وأخرجه البيهقى ، فى : باب الحجر على المفلس وبيع ماله فى ديونه ، من كتاب التفليس . السنن الكبرى ٤٨/٦ . والحاكم ، فى : باب الصلح جائز بين المسلمين إلا ما حرم حلالا ، من كتاب الأحكام . المستدرك ١٠١/٤ . والدارقطنى ، فى : كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك ، سنن الدارقطنى ٢٣١/٤ .

(٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب الحجر على المفلس وبيع ماله فى ديونه ، من كتاب التفليس ، السنن الكبرى ٤٨/٦ . وعبد الرزاق ، فى : باب المفلس والمحجور عليه ، من كتاب البيوع . المصنف ٢٦٨/٨ . والحاكم ، فى : باب أن معاذا كان أمة قانتا لله ، من كتاب معرفة الصحابة . المستدرك ٢٧٣/٣ .

بِهِ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . قال أحمدُ : لو أن حَاكِمًا حَكَمَ أنه أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ ، ثم رُفِعَ إلى رجلٍ يَرَى العَمَلَ بالحَدِيثِ ، جازَ له نَقْضُ حُكْمِه . ولأنَّ هذا العَقْدَ يَلْحَقُه الفَسْخُ بالإِقَالَةِ ، فجازَ فيه الفَسْخُ ؛ لِتَعَذُّرِ العِوَضِ ، كالمُسْلَمِ فيه إذا تَعَذَّرَ . ولأنه لو[2] شَرَطَ فى البَيْعِ رَهْنًا ، فعَجَزَ عن تَسْلِيمِه ، اسْتَحَقَّ الفَسْخَ ، وهو وَثِيقَةٌ بالثَّمَنِ ، فالعَجْزُ عن تَسْلِيمِ الثَّمَنِ بِنَفْسِه أَوْلَى . ويُفَارِقُ المَبِيعُ الرَّهْنَ ؛ فإن إمْسَاكَ الرَّهْنِ إمْسَاكٌ مُجَرَّدٌ على سَبِيلِ الوَثِيقَةِ ، وليس بِبَدَلٍ ، والثَّمَنُ هٰهُنا بَدَلٌ عن العَيْنِ ، فإذا تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُه ، رَجَعَ إلى المُبْدَلِ . وقولُهم : تَسَاوَوْا فى سَبَبِ الاسْتِحْقَاقِ . قُلْنا : لكن اخْتَلَفُوا فى الشَّرْطِ ، فإنَّ بَقَاءَ العَيْنِ شَرْطٌ لِمِلْكِ الفَسْخِ ، وهى مَوْجُودَةٌ فى حَقِّ مَن وَجَدَ مَتاعَهُ دُونَ مَن لم يَجِدْه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ البائِعَ بالخِيَارِ ، إن شاءَ رَجَعَ فى السِّلْعَةِ ، وإن شاءَ لم يَرْجِعْ ، وكان أُسْوَةَ الغُرَماءِ ، وسواءٌ كانت السِّلْعَةُ مُسَاوِيَةً لِثَمنِها أو أَقَلَّ أو أَكْثَرَ ؛ لأنَّ الإِعْسَارَ سَبَبٌ يُثْبِتُ[3] جَوَازَ الفَسْخِ ، فلا يُوجِبُه ، كالعَيْبِ والخِيَارِ . ولا يَفْتَقِرُ الفَسْخُ إلى حُكْمِ حَاكِمٍ لأنَّه فَسْخٌ ثَبَتَ بالنَّصِّ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى حُكْمِ حَاكِمٍ ، كفَسْخِ النِّكاحِ لِعَتْقِ الأَمَةِ .

فصل : وهل خِيَارُ الرُّجُوعِ على الفَوْرِ ، أو على التَّرَاخِى ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً على خِيَارِ الرَّدِّ بِالعَيْبِ ، وفى ذلك رِوَايَتانِ ؛ إحْدَاهما ، هو على التَّرَاخِى ؛ لأنَّه حَقٌّ

---

(1) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا وجد ماله عند مفلس ... ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخارى ١٥٥/٣ ، ١٥٦ ومسلم ، فى : باب من أدرك ما باعه عند المشترى وقد أفلس ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٣/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥٧/٢ . وابن ماجه ، فى : باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٠/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى إفلاس الغريم ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٧٨/٢ .

(2) فى م : « إذا » .

(3) سقط من : م .

رُجُوعٍ يَسْقُطُ إلى عِوَضٍ ، فكان على التَّرَاخِى ، كالرُّجُوعِ فى الهِبَةِ . والثانى ، هو على الفورِ ؛ لأنَّه خِيَارٌ يَثْبُتُ فى البَيْعِ لِنَقْصٍ فى العِوَضِ ، فكان على الفَوْرِ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . ولأنَّ جَوَازَ تَأْخِيرِه[٤] / يُفضِى إلى الضَّرَرِ بالغُرَمَاءِ ، لإفْضَائِه إلى تَأْخِيرِ حُقُوقِهِم ، فأَشْبَهَ خِيارَ الأَخْذِ بالشُّفْعَةِ . ونَصَرَ القاضِى هذا الوَجْهَ ، ولأَصْحابِ الشَّافِعِىِّ وَجْهانِ كهذَيْنِ .

٦٣/٤ و

فصل : فإن بَذَلَ الغُرَمَاءُ الثَّمَنَ لِصَاحِبِ السِّلْعَةِ لِيَتْرُكَها ، لم يَلْزَمْهُ قَبُولُه . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال الشَّافِعِىُّ . وقال مالِكٌ : ليس له الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ الرُّجُوعَ إنَّما يجوزُ لِدَفْعِ ما يَلْحَقُه من النَّقْصِ فى الثَّمَنِ ، فإذا بُذِلَ له بِكَمَالِه ، لم يكُنْ له الرُّجُوعُ ، كما لو زَالَ العَيْبُ من المَعِيبِ . ولَنا ، الخَبَرُ الذى رَوَيْناه ، ولأنَّه تَبَرُّعٌ بِدَفْعِ الحَقِّ مِن غَيْرِ مَن هو عليه ، فلم يُجْبَرْ صَاحِبُ الحَقِّ على قَبْضِه ، كما لو أعْسَرَ الزَّوْجُ بالنَّفَقَةِ ، فبَذَلَها غيرُه ، أو عَجَزَ المُكَاتَبُ ، فبَذَلَ غيرُه ما عليه لِسَيِّدِه ، وبهذا يَنْتَقِضُ ما ذَكَرُوه ، وسواءٌ بَذَلُوه من أمْوَالِهِم أو خَصُّوه بِثَمَنِه من التَّرِكَةِ ، وفى هذا القَسْمِ ضَرَرٌ آخَرُ ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ تَجَدُّدَ ثُبُوتِ دَيْنٍ آخَرَ ، فَيَرْجِعُ عليه . وإن دَفَعُوا إلى المُفْلِسِ الثَّمَنَ ، فبَذَلَه لِلْبائِعِ ، لم يكُنْ له الفَسْخُ ؛ لأنه زَالَ العَجْزُ عن تَسْلِيمِ الثَّمَنِ ، فزَالَ مِلْكُ الفَسْخِ ، كما لو أسْقَطَ سَائِرُ الغُرَماءِ حُقُوقَهم عنه ، فمَلَكَ أدَاءَ الثَّمَنِ . ولو أسْقَطَ الغُرَماءُ حُقُوقَهُم[٥] عنه ، فتَمَكَّنَ من الأَدَاءِ ، أو وُهِبَ له مَالٌ . فأمْكَنَهُ الأدَاءُ منه ، أو غَلَتْ أَعْيَانُ مَالِه ، فصَارَتْ قِيمَتُها وَافِيَةً بحُقُوقِ الغُرَمَاءِ ، بحيثُ يُمكِنُه أداءُ الثَّمَنِ كلِّه ، لم يكُنْ لِلْبَائِعِ الفَسْخُ ؛ لِزَوالِ سَبَبِه ، ولأنَّه أمْكَنَه الوُصُولُ إلى ثَمَنِ سِلْعَتِه[٦] من المُشْتَرِى ، فلم يكن له الفَسْخُ ، كما لو لم يُفْلِسْ .

فصل : فإن اشْتَرَى المُفْلِسُ من إنْسَانٍ سِلْعَةً بعد ثُبُوتِ الحَجْرِ عليه فى ذِمَّتِه ،

---

(٤) فى النسخ : « تأخير » .

(٥) فى الأصل : « حقهم » .

(٦) فى الأصل : « السلعة » .

لم يكُنْ له الفَسْخُ ؛ لِتَعَذُّرِ الاسْتِيفَاءِ ، سواءٌ عَلِمَ أو لم يَعْلَمْ . ولأنَّه لا يَسْتَحِقُّ المُطَالَبَةَ بِثَمَنِها ، فلا يَسْتَحِقُّ الفَسْخَ لِتَعَذُّرِه ، كما لو كان ثَمَنُها مُؤَجَّلًا . ولأنَّ العَالِمَ بالعَيْبِ دَخَلَ على بَصِيرَةٍ بِخَرَابِ الذِّمَّةِ ، فأشْبَه من اشْتَرَى مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّ له الخِيَارَ ؛ لِعُمُومِ الخَبَرِ ، ولأنَّه عَقَدَ عليه وَقْتَ الفَسْخِ ، فلم يَسْقُطْ حَقُّه من الفَسْخِ ، كما لو تَزَوَّجَتِ امْرَأةٌ فَقِيرًا مُعْسِرًا بنَفَقَتِها . وفيه وَجْهٌ ثالِثٌ ، إن بَاعَهُ عَالِمًا بِفَلَسِه فلا فَسْخَ له ، وإن لم يَعْلَمْ فله الفَسْخُ ، كَمُشْتَرِى المَعِيبِ . ويُفارِقُ المُعْسِرَ بالنَّفَقَةِ ؛ لكَوْنِ النَّفَقَةِ يَتَجَدَّدُ وُجُوبُها كُلَّ يومٍ ، فالرِّضَى بالمُعْسِرِ بها رِضًى بِعَيْبِ ما لم يَجِبْ ، بخِلَافِ مَسْألَتِنَا ، وإنَّما يُشْبِهُ هذا إذا تَزَوَّجَتْ[7] مُعْسِرًا بالصَّدَاقِ . / وسَلَّمَتْ نَفْسَها إليه ، ثم أرَادَتِ الفَسْخَ .

٦٣/٤ ظ

فصل : ومَن اسْتَأْجَرَ أرْضًا لِيَزْرَعَها ، فأفْلَسَ قبلَ مُضِيِّ شيءٍ من المُدَّةِ ، فَلِلْمُؤْجِرِ فَسْخُ الإجارَةِ ؛ لأنَّه وَجَدَ عَيْنَ مَالِه ، وإن كان بعدَ انْقِضاءِ المُدَّةِ ، فهو غَرِيمٌ بالأُجْرَةِ . وإن كان بعدَ مُضِيِّ بعضِها ، لم يَمْلِكِ الفَسْخَ فى قِيَاسِ قَوْلِنا فى المَبِيعِ إذا تَلِفَ بعضُه ، فإنَّ المُدَّةَ هٰهُنا كالمَبِيعِ ، ومُضِىُّ بَعْضِها كتَلَفِ بعضِه ، لكن يُعتَبرُ مُضِىُّ مُدَّةٍ لِمثْلِها أُجْرَةٌ ؛ لأنَّه لا يُمكِنُ التَّحَرُّزُ عن مُضِىِّ جُزْءٍ منها بحالٍ . وقال القاضى ، فى مَوْضِعٍ آخَرَ : من اكْتَرَى أرْضًا فزَرَعَها ، ثم أفْلَسَ ، ففَسَخَ صَاحِبُ الأرْضِ ، فعليه تَبْقِيَةُ زَرْعِ المُفْلِسِ إلى حينِ الحَصَادِ بِأجْرِ مثلِه ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عليه المَنْفَعَةُ ، فإذا فَسَخَ العَقْدَ ، فَسَخَه فيما مَلَكَ عليه بالعَقْدِ ، وقد تَعَذَّرَ رَدُّها عليه ، فكان عليه عِوَضُها ، كما لو فَسَخَ البَيْعَ بعدَ أن أتْلَفَ المَبِيعَ ، فله قِيمَتُه ، ويَضْرِبُ بذلك مع الغُرَمَاءِ ، كذا هٰهُنا ، ويَضْرِبُ مع الغُرَمَاءِ بأجْرِ المِثْلِ دونَ المُسَمَّى . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ، وهذا لا يَقْتَضِيه مَذْهَبُنا ، ولا يَشْهَدُ لِصِحَّتِه الخَبَرُ ، ولا يَصِحُّ فى النَّظَرِ ؛ أمَّا الخَبَرُ ، فلأنَّ النَّبِىَّ ﷺ إنَّما قال : « مَنْ أدْرَكَ

(٧) فى م : « تزوجته » .

مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ به »[8] . وهذا ما أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِه ، ولا هو أَحَقُّ به بالإِجْمَاعِ ، فإنَّهم وَافَقُوا على وُجُوبِ تَبْقِيَتِها ، وعَدَمِ الرُّجُوعِ فى عَيْنِها ، ولأن مَعْنَى قَوْلِه : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِه » . أى على وَجْهٍ يُمْكِنُه أَخْذُه ، لا يَتَعَلَّقُ حَقُّه بِعَيْنِه ، وليس هذا كذلك . وأما النَّظَرُ ، فلأنَّ البَائِعَ إنَّما كان أَحَقَّ بِعَيْنِ مَالِه ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّه بالعَيْنِ ، وإمْكَانِ رَدِّ مَالِه إليه بِعَيْنِه ، فيَرْجِعُ على مَن تَعَلَّقَ حَقُّه بمُجَرَّدِ الذِّمَّةِ ، وهذا لم يَتَعَلَّقْ حَقُّه بالعَيْنِ ، ولا أمكنَ رَدُّها إليه ، وإنَّما صَارَ فَائِدَةُ الرُّجُوعِ الضَّرْبَ بالقِيمَةِ دونَ المُسَمَّى ، وليس هذا هو المُقْتَضِى فى مَحلِّ النَّصِّ ، ولا هو فى مَعْناه ، فإثْباتُ الحُكْمِ به تَحَكُّمٌ بغَيْرِ دَلِيلٍ . ولو اكْتَرَى رَجُلًا يَحْمِلُ له مَتَاعًا إلى بَلَدٍ ، ثم أَفْلَسَ المُكتَرِى قبلَ حَمْلِ شىءٍ ، فلِلْمُكْتَرِى الفَسْخُ . وإن حَمَلَ البعضَ ، أو بعضَ المَسَافَةِ ، فقِياسُ المَذْهَبِ ليس له الفَسْخُ ، وقِيَاسُ قولِ القاضِى : له ذلك . فإذا فَسَخَ سَقَطَ عنه حَمْلُ ما بَقِىَ ، وضَرَبَ مع الغُرَمَاءِ بِقِسْطِ ما حَمَلَ من الأَجْرِ المُسَمَّى . وعلى قِيَاسِ قولِ القاضِى : يَنْفَسِخُ العَقْدُ فى الجَمِيعِ ، ويَضْرِبُ بِقِسْطِ ما حَمَلَ من أَجْرِ المِثْلِ ؛ لما ذَكَرْنا من قولِه فى المَسْأَلَةِ التى حَكَيْنا قَوْلَه فيها .

٦٤/٤ و / **فصل** : فإن أَقْرَضَ رجلًا مالًا ، ثم أَفْلَسَ المُقْتَرِضُ ، وعينُ المالِ قائِمٌ ، فله الرُّجُوعُ فيها ؛ لقولِه عليه السلامُ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ به » . ولأنه غَرِيمٌ وَجَدَ عَيْنَ مَالِه ، فكان له أَخْذُها ، كالبَائِعِ . وإن أَصْدَقَ امْرأةً[9] عَيْنًا ، ثم انْفَسَخَ نِكَاحُها بِسَبَبٍ من جِهَتِها يُسْقِطُ صَدَاقَها ، أو طَلَّقَها قبلَ دُخُولِه بها ، فَاسْتَحَقَّ الرُّجُوعَ فى نِصْفِه ، وقد أَفْلَسَتْ وَوَجَدَ عَيْنَ مَالِه ، فهو أَحَقُّ بها ؛ لما ذَكَرْنا .

---

(٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٣٩ .

(٩) فى م : « امرأة له » .

٨٠١ ـ مسألة ؛ قال : (**فَإِنْ كَانَتِ السِّلْعَةُ قَدْ تَلِفَ بَعْضُهَا ، أَوْ مَزِيدَةً[1] بِمَا لَا تَنْفَصِلُ زِيَادَتُها ، أَوْ نَقَدَ بَعْضَ ثَمَنِهَا ، كَانَ البَائِعُ فِيهَا كَأُسْوَةِ الغُرَمَاءِ**)

وجُمْلَةُ ذلك أنَّ البائِعَ إنَّما يَسْتَحِقُّ الرُّجُوعَ فى السِّلْعَةِ بِخَمْسِ شَرَائِطَ ؛ أحدُها ، أن تكونَ السِّلْعَةُ باقِيَةً بِعَيْنِها ، لم يَتْلَفْ بعضُها ، فإن تَلِفَ جُزْءٌ منها كبعضِ أطْرَافِ العَبْدِ ، أو ذَهَبَتْ عَيْنُه ، أو تَلِفَ بعضُ الثَّوبِ ، أو انْهَدَمَ بعضُ الدَّارِ ، أو اشْتَرَى شَجَرًا مُثْمِرًا لم تَظْهَرْ ثَمَرَتُه ، فتَلِفَتِ الثَّمَرَةُ ، أو نحوُ هذا ، لم يكنْ لِلْبائِعِ الرُّجُوعُ ، وكان أُسْوَةَ الغُرَمَاءِ . وبهذا قال إسحاقُ . وقال مالِكٌ ، والأَوْزَاعِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، والعَنْبَرِيُّ : له الرُّجُوعُ فى الباقِى ، ويَضْرِبُ مع الغُرَمَاءِ بِحِصَّةِ التَّالِفِ ؛ لأنَّها عَيْنٌ يَمْلِكُ الرُّجُوعَ فى جَمِيعِها ، فمَلَكَ الرُّجُوعَ فى بعضِها ، كالذى له الخِيَارُ ، وكالأَبِ فيما وَهَبَ لِولَدِه . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ به »[2] . فشَرَطَ أن يَجِدَه بعَيْنِه ، ولم يَجِدْهُ بِعَيْنِه . ولأنَّه إذا أَدْرَكَه بِعَيْنِه ، حَصَلَ له بالرُّجُوعِ فَصْلُ الخُصُومَةِ ، وانْقِطَاعُ ما بينهما من المُعامَلَةِ ، بِخِلَافِ ما إذا وَجَدَ بَعْضَهُ . ولا فَرْقَ بينَ أن يَرْضَى بالمَوْجُودِ بجميعِ الثَّمَنِ ، أو يَأْخُذَهُ بِقِسْطِه من الثَّمنِ ؛ لأنَّه فَاتَ شَرْطُ الرُّجُوعِ . وإن كان المَبِيعُ عَيْنَيْنِ ، كعَبْدَيْنِ ، أو ثَوْبَيْنِ تَلِفَ أحدُهما ، أو بعضُ أحَدِهما ، فَفِى جوازِ الرُّجُوعِ فى الباقِى منهما روايتانِ ؛ إحْداهما ، لا يَرْجِعُ . نَقَلَها أبو طَالِبٍ ، عن أحمدَ ، قال : لا يَرْجِعُ بِبَقِيَّةِ العَيْنِ ، ويكونُ أُسْوَةَ الغُرَمَاءِ ؛ لأنَّه لم يَجِدِ المَبِيعَ بِعَيْنِه ، فأَشْبَهَ ما لو كان عَيْنًا واحِدَةً . ولأنَّ بعضَ المَبِيعِ تالِفٌ ، فلم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ ، كما لو قُطِعَتْ يَدُ العَبْدِ . ونَقَلَ الحَسَنُ بن ثَوَابٍ[3] عن أحمدَ ، إن كان ثَوْبًا واحِدًا ، فتَلِفَ بعضُه ، فهو أُسْوَةُ

---

(١) فى ا : « متزيدة » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٣٩ .

(٣) أبو على الحسن بن ثواب التعلبى المخرمى ، بغدادى ثقة ، كان له بالإمام أحمد أُنسٌ شديد ، توفى سنة ثمان وستين ومائتين . طبقات الحنابلة ١/١٣١ ، ١٣٢ .

الغُرَمَاءِ ، وإن كان رِزَمًا ، فتَلِفَ بعضُها ، فإنه يَأْخُذُ بِقِيمَتِها إذا كان بِعَيْنِه ؛ لأنَّ السَّالِمَ من المَبِيعِ وَجَدَهُ البَائِعُ بِعَيْنِه ، فيَدْخُلُ فى عُمُومِ / قولِه ﷺ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . ولأنَّه مَبِيعٌ ، وَجَدَهُ بِعَيْنِه ، فكان لِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ فيه ، كما لو كان جميعَ المَبِيعِ .

٦٤/٤ ظ

فصل : وإن باعَ بعضَ المَبِيعِ ، أو وَهَبَه ، أو وَقَفَهُ ، فهو بمَنْزِلَةِ تَلَفِه ؛ لأنَّ البائِعَ ما أَدْرَكَ مالَهُ بِعَيْنِه .

فصل : وإن نَقَصَتْ مَالِيَّةُ المَبِيعِ ، لِذَهَابِ صِفَةٍ مع بَقَاءِ عَيْنِه ، كعبدٍ هُزِلَ ، أو نسِيَ صِناعَةً أو كِتابَةً ، أو كَبِرَ ، أو مَرِضَ ، أو تَغَيَّرَ عقلُه ، أو كان ثَوْبًا فَخَلَقَ ، لم يَمْنَعِ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ فَقْدَ الصِّفَةِ لا يُخْرِجُه عن كَوْنِه عَيْنَ مالِه ، لكنّه يَتَخَيَّرُ بين أَخْذِه نَاقِصًا بِجَمِيعِ حَقِّه ، وبين أن يَضْرِبَ مع الغُرَمَاءِ بِكَمالِ ثَمَنِه ؛ لأنَّ الثَّمَنَ لا يَتَقَسَّطُ على صِفَةِ السِّلْعَةِ من سِمَنٍ ، أو هُزَالٍ ، أو عِلْمٍ ، أو نحوِه ، فيصيرُ كنقصِه لِتَغَيُّرِ الأسعارِ . ولو كان المَبِيعُ أَمَةً ثَيِّبًا ، فوَطِئَها المُشْتَرِى ، ولم تَحْمِلْ ، فله الرُّجُوعُ فيها ؛ لما ذَكَرْنا ، فإنَّها لم تَنْقُصْ فى ذاتٍ ولا فى صِفَاتٍ . وإن كانت بِكْرًا ، فقال القاضى : له الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه فَقَدَ صِفَةً ، فإنَّه لم يَذْهَبْ منها جُزْءٌ ، وإنَّما هو كالجِراحِ . وقال أبو بكرٍ : ليس له الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه أَذْهَبَ منها جُزْءًا ، فأشْبَه ما لو فَقَأَ عَيْنَها . وإن وُجِدَ الوَطْءُ من غيرِ المُفْلِسِ ، فهو كَوَطْءِ المُفْلِسِ ، فيما ذَكَرْنا .

فصل : وإن جُرِحَ العَبْدُ أو شُجَّ ، فعلى قولِ أبى بكرٍ : لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّه ذَهَبَ جُزْءٌ يَنْقُصُ به الثَّمَنُ ، فأشْبَه ما لو فُقِئَتْ عَيْنُ العَبْدِ ؛ لأنَّه ذَهَبَ من العَيْنِ جُزْءٌ له بَدَلٌ ، فمَنَعَ الرُّجُوعَ ، كما لو قُطِعَتْ يَدُ العَبْدِ ، ولأنَّه لو نَقَصَ صِفَةً مُجَرَّدَةً ، لم يكُنْ للبائِعِ من الرُّجُوعِ فيها شىءٌ سِواهُ ، كما ذَكَرْنا فى هُزَالِ العَبْدِ ، ونِسيانِ الصَّنْعَةِ ، وهٰهُنا بِخِلافِه ، ولأنَّ الرُّجُوعَ فى المَحلِّ المَنْصُوصِ عليه يَقْطَعُ النِّزَاعَ ، ويُزِيلُ المُعامَلَةَ بينهما ، فلا يَثْبُتُ فى مَحلٍّ لا يَحْصُلُ به هذا المَقْصُودُ . وقال القاضى : قِياسُ المذهبِ أنَّ له الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه فَقَدَ صِفَةً ، فأشْبَه نسيانَ الصَّنْعَةِ ، واسْتِخْلَاقَ

الثَّوْبِ . فإذا رَجَعَ ، نَظَرْنَا فى الجَرْحِ ، فإن كان ممَّا لا أَرْشَ له ، كالحاصِلِ بِفعْلِ اللهِ تعالى ، أو فِعْلِ بَهِيمَةٍ ، أو جِنَايَةِ المُفْلِسِ ، أو جنايَةِ عبدِه ، أو جنايَةِ العبدِ على نفسِه ، فليس له مع الرُّجُوعِ أَرْشٌ . وإن كان الجَرْحُ مُوجِبًا لِلأَرْشِ ، كجنايَةِ الأجنبِىِّ ، فللبائِع إذا رَجَعَ أن يَضْرِبَ مع الغُرَماءِ بِحِصَّةِ ما نَقَصَ من الثَّمَنِ ، فينظُرُ كم نَقَصَ من قِيمَتِه ، فيَرْجِعُ بِقِسْطِ ذلك من الثَّمَنِ ؛ لأنَّه مَضْمُونٌ على المشترِى لِلْبَائِعِ بالثَّمَنِ . فإن قِيلَ : / فهلَّا جَعَلْتُم له الأَرْشَ الذى وَجَبَ على الأجنبىِّ ؛ لأنَّه لو لم يَجِبْ به أَرْشٌ لم يَرْجِعْ بشىءٍ ، فلا يجوزُ أن يَرْجِعَ بأكثرَ من الأَرْشِ . قُلْنا : لَمَّا أَتْلَفَهُ الأجنبِىُّ ، صارَ مَضْمُونًا بإتْلَافِه لِلْمُفْلِسِ ، فكان بالأَرْشِ له وهو مَضْمُونٌ على المُفْلِسِ للبائِعِ بالثَّمَنِ ، فلا يجوزُ أن يَضْمَنَه بالأَرْشِ ، وإذا لم يُتْلِفْه أجْنَبِىٌّ ، فلم يكُنْ مَضْمُونًا ، فلم يَجِبْ بِفَواتِه شىءٌ . فإن قيل : فهلَّا كان هذا الأَرْشُ للمشتَرِى ككَسْبِه ، لا يَضْمَنُه للبائِعِ . قُلْنا : الكَسْبُ بَدَلُ مَنَافِعِه ، ومَنَافِعُه مَمْلُوكَةٌ للمُشترِى بغَيرِ عِوَضٍ ، وهذا بَدَلُ جُزْءٍ من العَيْنِ ، والعَيْنُ جميعُها مَضْمُونَةٌ بالعِوَضِ ، فلهذا ضَمِنَ ذلك للمشترِى .

٦٥/٤ و

فصل : فإن اشْتَرَى زَيْتًا ، فخَلَطَهُ بزَيْتٍ آخَرَ ، أو قَمْحًا ، فخَلَطَه بما لا يُمكنُ تَمْيِيزُه منه ، سَقَطَ حَقُّ الرُّجُوعِ . وقال مالِكٌ : يَأْخُذُ زَيْتَه . وقال الشَّافِعِىُّ : إن خَلَطَه بِمِثْلِه أو دُونِه ، لم يَسْقُطِ الرُّجُوعُ ، وله أن يأْخُذَ متاعَه بالكَيْلِ أو الوَزْنِ ، وإن خَلَطَه بأجوَدَ منه ، ففيه قَوْلَانِ ؛ أحَدُهما ، يَسْقُطُ حَقُّه من العَيْنِ . قال الشَّافِعِىُّ : وبه أَقُولُ . واحْتَجُّوا بأن عَيْنَ مَالِه مَوْجُودَةٌ من طَرِيقِ الحُكْمِ ، فكان له الرُّجُوعُ كما لو كانت مُنْفَرِدَةً ، ولأنَّه ليس فيه أكثرُ من اختلاطِ مالِه بغيرِه ، فلم يَمْنَعِ الرُّجُوعَ ، كما لو اشْتَرَى ثَوْبًا فَصَبَغَهُ ، أو سَوِيقًا فَلَتَّهُ . ولَنا ، أنَّه لم يَجِدْ عَيْنَ مَالِه ، فلم يكُنْ له الرُّجُوعُ ، كما لو تَلِفَتْ ، ولأنَّ ما يَأْخُذُه من غيرِ عينِ مَالِه ، إنَّما يَأْخُذُه عِوَضًا عن مالِه ، فلم يَخْتَصَّ به دُونَ الغُرَمَاءِ ، كما لو تَلِفَ مَالُه . وقولُ النَّبىِّ ﷺ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ » . أى مَن قَدَرَ عليه ، وتَمَكَّنَ من أخْذِه من المُفْلِسِ ؛ بِدَلِيلِ ما لو وَجَدَه بعد زوالِ مِلْكِ المُفْلِسِ ، أو كانت مَسَامِيرَ قد سَمَّرَ بها بَابًا ، أو حَجَرًا

قد بَنَى عليه ، أو خشبًا فى سَقْفِه ، أو أَمَةً اسْتَوْلَدَها ، وهذا إذا أَخَذَ كَيْلَه أو قِيمَتَه إنَّما يَأْخُذُ عِوَضَ مَالِه ، فهو كالثَّمَنِ والقِيمَةِ . وفَارَقَ المَصْبُوغَ ، فإن عَيْنَه يُمْكِنُه أَخْذُها ، والسَّوِيق كذلك ، فَاخْتَلَفَا .

فصل : وإن اشْتَرَى حِنْطَةً فطَحَنَها أو زَرَعَها ، أو دَقِيقًا فخَبَزَهُ ، أو زَيْتًا فعَمِلَهُ صَابُونًا ، أو ثَوْبًا فقَطَعَه قَمِيصًا ، أو غَزْلًا فنَسَجَه ثَوْبًا ، أو خَشَبًا فَنَجَرَه أبوابًا ، أو شَرِيطًا فعَمِلَه إبرًا ، أو شيئًا فعَمِلَ به ما أَزَالَ اسْمَه ، سَقَطَ حَقُّ الرُّجُوعِ . وقال الشَّافِعِىُّ : فيه قَوْلَانِ ؛ أحَدُهما ، به أقولُ ، يَأْخُذ عَيْنَ مَالِه ، ويُعْطِى قِيمَةَ عَمَلِ المُفْلِسِ فيها ؛ لأنَّ عَيْنَ / مَالِه مَوْجُودَةٌ ، وإنَّما تَغَيَّرَ اسْمُها ، فأشْبهَ ما لو كان المَبِيعُ[4] حَمَلًا فصارَ كَبْشًا ، أو وَدِيًّا[5] فصارَ نَخْلًا . ولَنا ، أنَّه لم يَجِدْ مَتاعَه بعَيْنِه ، فلم يكُنْ [له][6] الرُّجُوعُ ، كما لو تَلِفَ ، ولأنَّه غَيَّرَ اسْمَهُ وصِفَتَه ، فلم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ ، كما لو كان نَوًى فنَبَتَ شَجَرًا . والأَصْلُ الذى قَاسُوا عليه مَمْنُوعٌ ، وإن سُلِّمَ ، فإنه لم يَتَغَيَّرِ اسْمُه ، بخلافِ مسأَلَتِنا .

٦٥/٤ ظ

فصل : وإن كان حَبًّا فصَارَ زَرْعًا ، أو زَرْعًا فصَارَ حَبًّا ، أو نَوًى فنَبَتَ شَجَرًا ، أو بَيْضًا فصَارَ فِرَاخًا ، سَقَطَ حَقُّ[7] الرُّجُوعِ . وقال القاضى : لا يَسْقُطُ . وهو أَحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحابِ الشَّافِعِىِّ المَنْصُوصِ عليه منهما ؛ لأنَّ الزَّرْعَ نَفْسُ الحَبِّ ، والفَرْخَ نَفْسُ البَيْضَةِ . ولَنا ، أنَّه لم يَجِدْ عَيْنَ مالِه ، فلم يَرْجِعْ ، كما لو أَتْلَفَه مُتْلِفٌ فأَخَذَ قِيمَتَه . ولأنَّ الحَبَّ أَعْيَانٌ ابتدأَها اللهُ تَعالَى ، لم تكن مَوْجُودَةً عند البَيْعِ ، وكذلك [8]الزَّرعُ و[8] أعيانُ الفَرْخِ . ولو اسْتَأْجَرَ أَرْضًا ، واشْتَرَى بَذْرًا ومَاءً ، فزَرَعَ ، وسَقَى ، واسْتَحْصَدَ ، وأَفْلَسَ ، فالمُؤْجِرُ وبَائِعُ البَذْرِ والمَاءِ غُرَمَاءُ ،

---

(٤) سقط من : ا .

(٥) الودى : صغار النخل ، واحدتها ودية .

(٦) تكملة يقتضيها المعنى .

(٧) سقط من : الأصل ، ا .

(٨ - ٨) سقط من : ا ، م .

لا حَقَّ لهم فى الرُّجوعِ ؛ لأنَّهم لم يَجِدُوا أعيانَ أموالِهِم . وعلى قولِ مَن قال : له الرُّجوعُ فى الزَّرْعِ . يكونُ عليه غَرامَةُ الأُجْرَةِ وثَمَنُ الماءِ ، أو قِيمَةُ ذلك .

فصل : وإن اشْتَرَى ثَوْبًا فصبَغَهُ ، أو سَوِيقًا فلَتَّه بزَيْتٍ ، فقال أصحابُنا : لِبائِعِ الثَّوْبِ والسَّوِيقِ الرُّجُوعُ فى أعيانِ أموالِهِما . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ عَيْنَ مالِهِما قائِمةٌ مُشاهَدَةٌ ، ما تَغَيَّرَ اسْمُها ، ويكونُ المُفْلِسُ شَرِيكًا لِصَاحِبِ الثَّوْبِ والسَّوِيقِ بما زادَ عن قِيمَتِهِما . فإن حَصَلَ زِيادَةٌ ، فهى له ، وإن حَصَلَ نَقْصٌ ، فعليه . وإن نَقَصَتْ قِيمَةُ الثَّوْبِ أو السَّوِيقِ ، فإن شاءَ البائِعُ أخذهما ناقِصَيْنِ ، ولا شىءَ له ، وإن شاءَ تَرَكَهما ، وله أُسْوَةُ الغُرَماءِ ؛ لأنَّ هذا نَقْصُ صِفَةٍ ، فهو كالهُزالِ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يكونَ له الرُّجُوعُ إذا زادَتِ القِيمَةُ ؛ لأنَّه اتَّصَلَ بالمَبِيعِ زِيادَةٌ لِلْمُفْلِسِ ، فمَنَعَتِ الرُّجُوعَ ، كما لو سَمِنَ العَبْدُ ، ولأنَّ الرُّجُوعَ ههُنا لا يَتَخَلَّصُ به البائِعُ من المُفْلِسِ ، ولا يَحْصُلُ به المَقْصُودُ مِن قَطْعِ المُنازَعَةِ ، وإزَالَةِ المُعامَلَةِ ، بل يَحْصُلُ به ضَرَرُ الشَّرِكَةِ ، فلم يكُنْ فى مَعْنَى المَنْصُوصِ عليه ، فلا يُمْكِنُ إلْحاقُه به .

فصل : وإن اشْتَرَى صِبْغًا فصَبَغَ به ثَوْبًا ، أو زَيْتًا فَلَتَّ به سَوِيقًا ، فبائِعُهما أُسْوَةُ الغُرَماءِ . / وقال أصحابُ الشَّافِعِىِّ : له الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه وَجَدَ عَيْنَ مالِه . قالوا : ولو اشْتَرَى ثَوْبًا وصِبْغًا ، وصَبَغَ الثَّوْبَ بالصِّبْغِ ، رَجَعَ بائِعُ كلِّ شىءٍ فى عَيْنِ مالِه ، وكان بائِعُ الصِّبْغِ شَرِيكًا لِبائِعِ الثَّوْبِ . وإن حَصَلَ نَقْصٌ ، فهو من صاحِبِ الصِّبْغِ ؛ لأنَّه الذى يَتفَرَّقُ ويَنْقُصُ الثَّوْبُ بحالِه ، فإذا كانت قِيمَةُ الثَّوْبِ عَشَرَةً ، وقِيمَةُ الصِّبْغِ خَمْسَةً ، فصَارَتْ قِيمَتُهما اثْنَا عَشَرَ ، كان لِصَاحِبِ الثَّوْبِ خَمْسَةُ أسْداسِه ، ولِلآخَرِ سُدُسُه ، ويَضْرِبُ مع الغُرَماءِ بما نَقَصَ ، وذلك ثلاثَةُ دَراهِمَ . وذَكَرَ القاضِى مثلَ هذا فى مَوْضِعٍ . ولَنا ، أنَّه لم يَجِدْ عَيْنَ مالِه ، فلم يكُنْ له الرُّجُوعُ ، كما لو تَلِفَ ، ولأنَّ المُشْتَرِىَ شَغَلَه بغَيْرِه على وَجْهِ البَيْعِ ، فلم يَمْلِكْ بائِعُه الرُّجُوعَ فيه ، كما لو كان حَجَرًا بَنَى عليه ، أو مَسَامِيرَ سَمَّرَ بها بَابًا . ولو اشْتَرَى ثَوْبًا وصِبْغًا من واحِدٍ ، فصَبَغَه به ، فقال أصحابُنا : لا فَرْقَ بينَ ذلك وبينَ كَوْنِ الصِّبْغِ من غيرِ بائِعِ الثَّوْبِ . فعلى قَوْلِهِم يَرْجِعُ فى الثَّوْبِ وَحْدَه ، ويكونُ المُفْلِسُ

٦٦/٤ و

شريكًا له بزيادةِ الصِّبْغِ ، ويَضرِبُ مع الغُرماءِ بِثَمَنِ الصِّبْغِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَرْجِعَ فيهما هٰهُنا ؛ لأنَّه وَجَدَ عَيْنَ مالِه مُتَمَيِّزًا عن غيرِه ، فكان له الرُّجُوعُ فيه ، لِلْخَبَرِ ، ولأنَّ المَعْنَى فى المَحلِّ الذى يَثْبُتُ فيه الرُّجُوعُ مَوْجُودٌ هٰهُنا ، فيَمْلِكُ الرُّجُوعَ به ، كما يَمْلِكُه ثَمَّ ، ولو أنَّه اشْتَرَى[9] رُفُوفًا ومَسامِيرَ من رَجُلٍ واحِدٍ ، فسَمَّرَها بها ، رَجَعَ بائِعُهما فيهما كذلك ، وكذلك ما أشْبَهَه .

فصل : إذا اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَصَره[10] ، لم يَخْلُ من حَالَيْنِ ؛ أحَدِهما ، أن لا تَزِيدَ قِيمَتُه بذلك ، فَلِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ فيه ؛ لأنَّ عَيْنَ مَالِه قَائِمَةٌ لم يَزُلِ اسْمُها ، ولم يَتْلَفْ بَعْضُها ولا اتَّصَلَتْ بغيرِها ، فكان له الرُّجُوعُ فيها ، كما لو عَلَّمَ العَبْدَ صِنَاعَةً لم تَزِدْ قِيمَتُه بها . وسَواءٌ نَقصَتْ قِيمَتُه بذلك أو لم تَنْقُصْ ؛ لأنَّ ذلك النَّقْصَ نَقْصُ صِفَةٍ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، كنِسْيَانِ صِناعَةٍ ، وهُزَالِ العَبْدِ ، ولا شىءَ له مع الرُّجُوعِ . الثانى ، أن تَزِيدَ قِيمَتُه بذلك ، فليس لِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ ، على قِيَاسِ قَوْلِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّ الثَّوْبَ زَادَ زِيَادَةً لا تَتَمَيَّزُ زِيادَتُها[11] فلم يَمْلِك البائِعُ الرُّجُوعَ فيه ، كما لو سَمِنَ العَبْدُ ، ولأنَّه لم يَجِدْ عَيْنَ مَالِه مُتَمَيِّزَةً عن غيرِها ، فلم يَمْلِك الرُّجُوعَ ، كبائِعِ الصِّبْغِ إذا صُبِغَ به ، والزَّيْتِ إذا لُتَّ به سَوِيقٌ . وقال القاضى وأصْحَابُه . له الرُّجُوعُ فيها ، لأنَّه أدْرَكَ مَتَاعَهُ بعَيْنِه / ، ولأنَّه وَجَدَ عَيْنَ مَالِه لم يَتَغَيَّرِ اسْمُها ولا ذَهَبَتْ عَيْنُها ، فَمَلَكَ الرُّجُوعَ فيها ، كما لو صَبَغَها . فعلى قَوْلِهِم ، إن كانت القِصَارَةُ بِعَمَلِ المُفْلِسِ ، أو بأُجْرَةٍ وَفَّاها ، فهما شَرِيكانِ فى الثَّوْبِ ، فإذا كانت قِيمَةُ الثَّوْبِ خَمْسَةً ، فصارَ يُسَاوِى سِتَّةً ، فلِلْمُفْلِسِ سُدُسُه ، ولِبَائِعِه خَمْسَةُ أسْدَاسِه ، فإن اخْتَارَ البائِعُ دَفْعَ قِيمَةِ الزِّيَادَةِ إلى المُفْلِسِ ، لَزِمَهُ قَبُولُها ؛ لأنَّه يَتَخَلَّصُ بذلك من ضَرَرِ الشَّرِكَةِ من غيرِ مَضَرَّةٍ تَلْحَقُه ، فأشْبَهَ ما لو دَفَعَ الشَّفِيعُ قِيمَةَ البِنَاءِ إلى المُشْتَرِى . وإن لم يَخْتَرْ ،

٦٦/٤ ظ

---

(٩) فى النسخ : « المشترى » .

(١٠) قصر الثوب : دقَّه وبيَّضه .

(١١) سقط من : م .

بيعَ الثَّوْبُ ، وأخذَ كلُّ واحِدٍ منهما بِقَدْرِ حَقِّه . وإن كان العَمَلُ من صَانِعٍ لم يَسْتَوْفِ أَجْرَهُ ، فله حَبْسُ الثَّوْبِ على اسْتِيفَاءِ أجرِه . فإن كانت الزِّيَادَةُ بِقَدْرِ الأَجْرِ ، دُفِعَتْ إليه ، وإن كانت أَقَلَّ ، فله حَبْسُ الثَّوْبِ على اسْتِيفَاءِ قَدْرِ الزِّيَادَةِ ، ويَضْرِبُ مع الغُرَمَاءِ بما بَقِيَ ، وإن كانت أكْثَرَ ، مثل أن تكونَ الزِّيَادَةُ دِرْهَمَيْنِ ، والآخَرُ دِرْهَمٌ ، فله قَدْرُ أَجْرِه ، وما فَضَلَ لِلْغُرَمَاءِ .

فصل : الشَّرْطُ الثانى ، أن لا يكونَ المَبِيعُ زَادَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، كالسِّمَنِ ، والكِبَرِ ، وتَعَلُّمِ الصِّنَاعَةِ أو الكِتَابَةِ أو القُرْآنِ ، ونحوِ ذلك . واخْتلَفَ المذهبُ فى هذا ، فذَهَبَ الخِرَقِىُّ إلى أنَّها تَمْنَعُ الرُّجوعَ . ورَوَى المَيْمُونِىُّ ، عن أحمدَ ، أنَّها لا تَمْنَعُ . وهو مذهبُ مَالِكٍ ، والشَّافِعِىِّ ، إلَّا أن مَالِكًا يُخَيِّرُ الغُرَمَاءَ بين أن يُعْطُوهُ السِّلْعَةَ أو ثَمَنَها الذى بَاعَها به . احْتَجُّوا بالخَبَرِ ، وبأنَّه فَسْخٌ لا تَمْنَعُ منه الزِّيَادَةُ المُنْفَصِلَةُ ، فلا تَمْنَعُه المُتَّصِلَةُ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، وفَارَقَ الطَّلَاقَ ، فإنَّه ليس بِفَسْخٍ ، ولأنَّ الزَّوْجَ يُمْكِنُه الرُّجوعُ فى قِيمَةِ العَيْنِ ، فيَصِلُ إلى[12] حَقِّه تامًّا . وهٰهُنا لا يُمْكِنُه الرُّجوعُ فى الثَّمَنِ . ولَنا ، أنَّه فَسْخٌ بِسَبَبٍ حَادِثٍ ، فلم يَمْلِكْ به الرُّجوعَ فى عَيْنِ المالِ الزَّائِدَةِ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، كفَسْخِ النِّكَاحِ بالإِعْسَارِ أو الرَّضَاعِ ، ولأنَّها زِيَادَةٌ فى مِلْكِ المُفْلِسِ ، فلم يَسْتَحِقَّ البائِعُ أَخْذَها ، كالمُنْفَصِلَةِ ، وكالحَاصِلَةِ بِفِعْلِه ، ولأنَّ النَّمَاءَ لم يَصِلْ إليه من البائِعِ ، فلم يَسْتَحِقَّ أَخْذَه منه ، كغيرِه من أَمْوَالِه ، وفَارَقَ الرَّدَّ بالعَيْبِ لِوَجْهَيْنِ ؛ أحَدِهما ، أنَّ الفَسْخَ فيه من المُشْتَرِى ، فهو رَاضٍ بإِسْقَاطِ حَقِّه من الزِّيَادَةِ ، وتَرْكِها لِلْبَائِعِ ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنا . والثانى ، أنَّ الفَسْخَ ثَمَّ لِمَعْنًى قَارَنَ العَقْدَ ، وهو العَيْبُ القَدِيمُ ، والفَسْخُ هٰهُنا لِسَبَبٍ حادِثٍ ، فهو أشْبَهُ بِفَسْخِ النِّكَاحِ الذى لا يَسْتَحِقُّ به اسْتِرْجَاعَ العَيْنِ الزَّائِدَةِ . وقولُهم : إن الزَّوْجَ إنَّما لم يَرْجِعْ فى العَيْنِ لِكَوْنِه / يَنْدَفِعُ[13] عنه الضَّرَرُ بالقِيمَةِ . ٦٧/٤ و

---

(١٢) فى م : « فى » .

(١٣) فى الأصل : « يدفع » .

لا يَصِحُّ ؛ فإن انْدِفَاعَ الضَّرَرِ عنه بِطَرِيقٍ آخَرَ لا يَمْنَعُه من أَخْذِ حَقِّه من العَيْنِ ، ولو كان مُسْتَحِقًّا لِلزِّيَادَةِ لم يَسْقُطْ حَقُّه منها بالقُدْرَةِ على أَخْذِ القِيمَةِ ، كمُشْتَرِى المَعِيبِ . ثم كان يَنْبَغِى أن يَأْخُذَ قِيمَةَ العَيْنِ زَائِدَةً ؛ لِكَوْنِ الزِّيَادَةِ مُسْتَحَقَّةً له[14] ، فلمَّا لم يَكُنْ كذلك ، عُلِمَ أنَّ المانِعَ من الرُّجُوعِ كَوْنُ الزِّيَادَةِ لِلْمَرْأَةِ ، وأنَّه لا يُمْكِنُ فَصْلُها ، كذلك هٰهُنا ، بل أَوْلَى ؛ فإنَّ الزِّيَادَةَ يَتَعَلَّقُ بها حَقُّ المُفْلِسِ والغُرَمَاءِ ، فمَنْعُ المُشْتَرِى من أَخْذِ زِيَادَةٍ لَيْسَتْ له ، أَوْلَى من تَفْوِيتِهَا على الغُرَمَاءِ الذين لم يَصِلُوا إلى تَمَامِ دُيُونِهم ، والمُفْلِسِ المُحْتَاجِ إلى تَبْرِئَةِ ذِمَّتِه عندَ اشْتِدَادِ حَاجَتِه[15] .

فصل : وأما الخَبَرُ فمَحْمُولٌ على مَن وَجَدَ مَتَاعَهُ على صِفَتِه ، ليس بِزَائِدٍ ، و لم يَتَعَلَّقْ به حَقٌّ آخَرُ ، وهٰهُنا قد تَعَلَّقَتْ به حُقُوقُ الغُرَمَاءِ ، لما فيه من الزِّيَادَةِ . لما ذَكَرْنَا من الدَّلِيلِ ، يُحَقِّقُه أنَّه إذا كان تَلَفُ بعضِ المَبِيعِ مَانِعًا من الرُّجُوعِ من غيرِ ضَرَرٍ يَلْحَقُ بالمُفْلِسِ ، ولا بالغُرَمَاءِ ، فلَأَنْ يَمْنَعَ الزِّيَادَةَ فيه مع تَفْوِيتِها بالرُّجُوعِ عليهم أَوْلَى ، ولأنَّه إذا رَجَعَ فى النَّاقِصِ ، فما رَجَعَ إلَّا فيما بَاعَهُ وخَرَجَ منه ، وإذا رَجَعَ فى الزَّائِدِ ، أَخَذَ ما لم يَبِعْهُ ، واسْتَرْجَعَ ما لم يَخْرُجْ عنه ، فكان بالمَنْعِ أَحَقَّ .

فصل : فأمَّا الزِّيَادَةُ المُنْفَصِلَةُ ، كالوَلَدِ والثَّمَرَةِ والكَسْبِ ، فلا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ . بغيرِ خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا ، وهو قولُ مَالِكٍ ، والشَّافِعِىّ . وسواءٌ نَقَصَ بها المَبِيعُ أو لم يَنْقُصْ ، إذا كان نَقْصَ صِفَةٍ ، والزِّيَادَةُ لِلْمُفْلِسِ . هذا ظَاهِرُ كلامِ الخِرَقِىّ ؛ لأنَّه مَنَعَ الرُّجُوعَ بالزِّيَادَةِ المُتَّصِلَةِ ، لِكَوْنِها لِلْمُفْلِسِ ، فالمُنْفَصِلَةُ أَوْلَى . وهذا قولُ ابنِ حَامِدٍ والقاضى ، ومذهبُ الشَّافِعِىّ ، وهو الصَّحِيحُ إن شاءَ اللهُ تعالى . وقال أبو بكرٍ : الزِّيَادَةُ لِلْبَائِعِ . وهو مذهبُ مَالِكٍ . ونقَلَ حَنْبَلٌ عن أحمدَ ، فى وَلَدِ الجَارِيَةِ ، ونِتَاجِ الدَّابَّةِ : هو للبَائِعِ ؛ لأنَّها زِيَادَةٌ ، فكانت لِلْبَائِعِ كالمُتَّصِلَةِ . ولَنا ، أنَّها زِيَادَةٌ انْفَصَلَتْ فى مِلْكِ المُشْتَرِى ، فكانتْ له ، كما لو رَدَّهُ بِعَيْبٍ ، ولأنَّه

---

(١٤) سقط من : م .

(١٥) فى م زيادة : « فصل » .

فَسْخٌ اسْتَحَقَّ به اسْتِرْجَاعَ العَيْنِ ، فلم يَسْتَحِقَّ أَخْذَ الزِّيَادَةِ المُنْفَصِلَةِ ، كَفَسْخِ البَيْعِ بالعَيْبِ أو الخِيَارِ أو الإِقَالَةِ ، وفَسْخِ النِّكَاحِ بِسَبَبٍ من أَسْبَابِ الفَسْخِ ، وقولُ النَّبِيِّ ﷺ : « الخَرَاجُ بالضَّمَانِ »[16] . يَدُلُّ على أنَّ النَّماءَ والغَلَّةَ لِلْمُشْتَرِى ، لكَوْنِ الضَّمَانِ عليه ، وأما الزِّيَادَةُ المُتَّصِلَةُ ، فقد / دَلَّلْنَا على أنَّها لِلْمُفْلِسِ أيضًا ، وفى ذلك تَنْبِيهٌ على كَوْنِ المُنْفَصِلَةِ له . ثم لو سَلَّمْنَا ثَمَّ ، فالفَرْقُ ظَاهِرٌ ، فإنَّ المُتَّصِلَةَ تَتْبَعُ فى الفُسُوخِ والرَّدِّ بالعَيْبِ ، بِخِلَافِ المُنْفَصِلَةِ ، ولا يَنْبَغِى أن يَقَعَ فى هذا الاخْتِلَافُ لِظُهُورِه ، وكلامُ أحمدَ ، فى رِوَايَةِ حَنْبَلٍ ، يُحْمَلُ على أنَّه بَاعَهما فى حالِ حَمْلِهما[17] ، فيَكُونَانِ مَبِيعَيْنِ ، ولهذا خَصَّ هذَيْنِ بالذِّكْرِ دُونَ بَقِيَّةِ النَّماءِ .

٦٧/٤ ظ

فصل : ولو اشْتَرَى أمَةً حَامِلًا ، ثم أَفْلَسَ وهى حَامِلٌ ، فله الرُّجُوعُ فيها ، إلَّا أن يكونَ الحَمْلُ قد زَادَ بِكِبَرِه ، وكَثُرَتْ قِيمَتُها من أَجْلِه ، فيكونَ من قَبِيلِ الزَّائِدِ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، على ما مَضَى . وإن أَفْلَسَ بعدَ وَضْعِهَا ، فقال القاضى : له الرُّجُوعُ فيهما بكلِّ حالٍ ، من غير تَفْصِيلٍ . والصَّحِيحُ أنَّنا إن قُلْنَا : إن الحَمْلَ لا حُكْمَ له . فالوَلَدُ زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ ، فعلَى قولِ أبى بكرٍ ، لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ فيهما ، وعلى قولِ غيرِه ، يكونُ الوَلَدُ للمُفْلِسِ ، فيَحْتَمِلُ أن يَمْنَعَ الرُّجُوعَ فى الأُمِّ ؛ لِئَلَّا يُفْضِى إلى التَّفْرِيقِ بين الأُمِّ وَوَلَدِها ، ويَحْتَمِلُ أن يَرْجِعَ فى الأُمِّ ، ويَدْفَعَ قِيمَةَ الوَلَدِ ؛ ليكونا جَمِيعًا .

---

(16) تقدم تخريجه عند الترمذى فى صفحة ٢٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبا ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٤ ، ٢٥٥ . والنسائى ، فى : باب الخراج بالضمان ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٢٣ . وابن ماجه ، فى : باب الخراج بالضمان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٥٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٤٩ ، ٢٣٧ .

(17) فى النسخ : « حملها » .

وإن لم يَفْعَلْ ، بِيعَتِ الأُمُّ وَوَلَدُها جميعا ، وقُسِمَ الثمنُ على قَدْرِ قِيمَتِهِما ، فما خَصَّ الأُمَّ فهو لِلْبَائِعِ ، وما خَصَّ الوَلَدَ كان لِلْمُفْلِسِ . وإن قُلْنا إنَّ لِلْوَلَدِ حُكْمًا . وهو الصَّحِيحُ ؛ لما ذَكَرْنَاهُ فيما تَقَدَّمَ ، فإن كانت الأُمُّ والوَلَدُ قد زَادَا بالوَضْعِ ، فحُكْمُهما حُكْمُ المَبِيعِ الزَّائِدِ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً . وإن لم يَزِيدَا ، جازَ الرُّجُوعُ فيهما . وإن زَادَ أَحَدُهما دون الآخرِ ، خُرِّجَ على الرِّوَايَتَيْنِ فيما إذا كان المَبِيعُ عَيْنَيْنِ فتَلِفَ بعضُ أَحَدِهما ، فهل يَمْنَعُ ذلك الرُّجُوعَ فى الأُخْرَى كذلك ؟ يُخَرَّجُ هٰهُنا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهما ، أنَّه له الرُّجُوعَ فيما لم يَزِدْ ، دون ما زَادَ ، فيكونُ حُكْمُه كحُكْمِ الرُّجُوعِ فى الأُمِّ دونَ الوَلَدِ ، على ما فَصَّلْنَاهُ . الثانى ، ليس له الرُّجُوعُ فى شىءٍ منهما ؛ لأنَّه لم يَجِدِ المَبِيعَ إلَّا زَائِدًا ، فَامْتَنَعَ عليه الرُّجُوعُ ، كالعَيْنِ الواحِدَةِ . وإن كان المَبِيعُ حَيَوانًا غيرَ الأَمَةِ ، فحُكْمُه حُكْمُها ، إلَّا فى أنَّ التَّفْرِيقَ بينها وبين وَلَدِهَا جائِزٌ ، والأَمَةُ بخِلَافِ ذلك .

فصل : وإن اشْتَرَى حَائِلًا ، فحَمَلَتْ ، ثم أَفْلَسَ وهى حَامِلٌ ، فزَادَتْ قِيمَتُها به ، فهى زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، على قَوْلِ الخِرَقِىِّ ، ولا تَمْنَعُه ، على رِوَايَةِ المَيْمُونِىِّ ، وإن أَفْلَسَ بعدَ وَضْعِها ، / فهى زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ ، فتكونُ لِلْمُفْلِسِ ، على الصَّحِيحِ . ويَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ فى الأُمِّ دون وَلَدِها ؛ لما فيه من التَّفْرِيقِ بينهما . وهذا أَحَدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ . ويَحْتَمِلُ أن يَرْجِعَ فى الأُمِّ ، على ما ذَكَرْنَا فى التى قَبْلَها . وعلى قولِ أبى بكرٍ ، الزِّيَادَةُ لِلْبَائِعِ ، فيكونُ له الرُّجُوعُ فيهما . وقال القاضى : إذا وَجَدْنَا حَامِلًا ، انْبَنَى على أنَّ الحَمْلَ هل له حُكْمٌ أو لا ؟ فإن قُلْنا : لا حُكْمَ له . جَرَى مَجْرَى الزِّيَادَةِ المُتَّصِلَةِ . وإن قُلْنا : له حُكْمٌ . فالوَلَدُ فى حُكْمِ المُنْفَصِلِ ، يَتَرَبَّصُ به حتى تَضَعَ ، ويكونُ الحُكْمُ فيه كما لو وَجَدَه بعدَ وَضْعِه . وإن كان الحَمْلُ فى غيرِ الآدَمِيَّةِ ، جازَ التَّفْرِيقُ بينهما ، كما تَقَدَّمَ .

٦٨/٤ و

فصل : إذا كان المَبِيعُ نَخْلًا أو شَجَرًا ، فأَفْلَسَ المُشْتَرِى ، لم يَخْلُ من أَرْبَعَةِ أَحْوَالٍ : أَحَدِها ، أن يُفْلِسَ وهى بحَالِها ، لم تَزِدْ و لم تُثْمِرْ و لم يَتْلَفْ بعضُها ، فله الرُّجُوعُ فيها . الثانى ، أن يكونَ فيها ثَمَرٌ ظَاهِرٌ ، أو طَلْعٌ مُؤَبَّرٌ ، ويَشْتَرِطَه المُشْتَرِى ،

فيأْكُلَه ، أو يَتصَرَّفَ فيه ، أو يَذْهَبَ بِجَائِحَةٍ ، ثم يُفْلِسَ ، فهذا فى حُكْمِ ما لو اشْتَرَى عَيْنَيْنِ فتلِفَتْ إحْدَاهما ، ثم أفْلَس ، فهل لِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ فى الأُصُولِ ، ويَضْرِبُ مع الغُرَمَاءِ بِحِصَّةِ التَّالِفِ من الثَّمَرِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وإن تَلِفَ بعضُها ، فهو كتَلَفِ جَمِيعِها . وإن زَادَتْ ، أو بَدَا صَلَاحُها ، فهذه زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ فى إحْدَى العَيْنَيْنِ ، وقد ذَكَرْنا بَيَانَ حُكْمِهَا . الحالُ الثالث ، أن يَبِيعَهُ نَخْلًا قد أُطْلِعَتْ و لم تُؤَبَّرْ ، أو شَجَرًا فيها ثَمَرَةٌ لم تَظْهَرْ ، فهذه الثَّمَرَةُ تَدْخُلُ فى البَيْعِ المُطْلَقِ ، فإن أفْلَسَ بعدَ تَلَفِ الثَّمرةِ ، أو تَلَفِ بَعْضِها ، أو الزِّيَادَةِ فيها ، أو بُدُوِّ صَلَاحٍ ، فحُكْمُ ذلك حُكْمُ تَلَفِ بعضِ المَبِيعِ وزِيَادَتِه المُتَّصِلَةِ ؛ لأنَّ المَبِيعَ كان بِمَنْزِلَةِ العَيْنِ الواحِدَةِ ، ولهذا دَخَلَ الثَّمَرُ فى مُطْلَقِ البَيْعِ ، بِخِلَافِ التى قَبْلَهَا . الحال الرَّابع ، بَاعَهُ نَخْلًا حَائِلًا فأَطْلَعَتْ ، أو شَجَرًا فأَثْمَرَ ، فذلك على أَرْبَعَةِ أَضْرُبٍ ؛ أَحدها ، أن يُفْلِسَ قبلَ تَأْبِيرِها ، فالطَّلْعُ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، تَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، على قولِ الخِرَقِىِّ ، كالسِّمَنِ والكِبَرِ . ويَحْتَمل أن يَرْجِعَ فى النَّخْلِ دُونَ الطَّلْعِ ، لأنَّه يُمْكِنُ فَصْلُه ، ويَصِحُّ إفْرَادُه بالبَيْعِ ، فهو كالمُؤَبَّرِ ، بخِلَافِ السِّمَنِ والكِبَرِ . وهذا قولُ ابنِ حَامِدٍ . وعلى رِوَايَةِ المَيْمُونِىِّ ، لا يَمْنَعُ ، بل يَرْجِعُ ، ويكونُ الطَّلْعُ / للبَائِعِ ، كما لو فُسِخَ بِعَيْبٍ . وهو أَحدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ . والقولُ الثانى ، يَرْجِعُ فى الأَصْلِ دون الطَّلْعِ ، وكذلك عِنْدَهُم الرَّدُّ بالعَيْبِ ، والأَخْذُ بالشُّفْعَةِ . الضَّرْبُ الثانِى ، أَفْلَسَ بعدَ التَّأْبِيرِ وظُهُورِ الثَّمَرَةِ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ . بغير خِلَافٍ ، و الطَّلْعُ لِلْمُشْتَرِى ، إلَّا على قَوْلِ أبى بكرٍ . والصَّحِيحُ الأَوَّلُ ، لأنَّ الثَّمَرَةَ لا تَتْبَعُ فى البَيْعِ الذى ثَبَتَ بِتَرَاضِيهِما ، ففى الفَسْخِ الحاصِلِ بغيرِ رِضَى المُشْتَرِى أَوْلَى . ولو بَاعَهُ أَرْضًا فَارِغَةً فزَرَعَها المُشْتَرِى ، ثم أَفْلَسَ ، فإنَّه يَرْجِعُ فى الأَرْضِ دون الزَّرْعِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لأنَّ ذلك من فِعْلِ المُشْتَرِى . الضَّرْبُ الثالِثُ ، أَفْلَسَ والطَّلْعُ غيرُ مُؤَبَّرٍ ، فلم يَرْجِعْ حتى أُبِّرَ ، لم يكُنْ له الرُّجُوعُ ، كما لو أَفْلَسَ بعدَ تَأْبِيرِهَا ؛ لأنَّ العَيْنَ لا تَنْتَقِلُ إلَّا بِاخْتِيَارِه لها ، وهذا لم يَخْتَرْها إلَّا بعدَ تَأْبِيرِهَا . فإن ادَّعَى البَائِعُ الرُّجُوعَ قبلَ التَّأْبِيرِ ، وأَنْكَرَهُ المُفلِسُ ، فالقولُ قولُ المُفْلِسِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَقَاءُ مِلْكِه ، وعَدَمُ زَوَالِه . وإن قال له البَائِعُ : بِعْتُ

٦٨/٤ ظ

بعد التَّأْبِيرِ ، وقال المُفْلِسُ : بل قبلَه . فالقولُ قولُ البائعِ ؛ لهذه العِلَّةِ . فإن شَهِدَ الغُرَمَاءُ لِلْمُفْلِسِ ، لم تُسْمَعْ شهَادَتُهم ؛ لأنَّهم يَجُرُّونَ إلى أَنْفُسِهِمْ نَفْعًا . وإن شَهِدُوا لِلْبَائِعِ ، وهم عُدُولٌ ، قُبِلَتْ شهَادَتُهم ؛ لِعَدَمِ التُّهْمَةِ . الضَّرْبُ الرَّابِعُ ، أَفْلَسَ بعدَ أَخْذِ الثَّمَرَةِ ، أو ذَهَبَتْ بِجَائِحَةٍ ، أو غيرِها ، رَجَعَ البائِعُ فى الأَصْلِ ، والثَّمَرَةُ لِلْمُشْتَرِى ، إلَّا على قولِ أبى بكرٍ . وكلُّ مَوْضِعٍ لا يَتْبَعُ الثَّمَرُ الشَّجَرَ إذا رَجَعَ البائِعُ فيه ، فليس له مُطَالَبَةُ المُفْلِسِ بِقَطْعِ الثَّمَرَةِ قبلَ أَوَانِ الجِذَاذِ . وكذلك إذا رَجَعَ فى الأَرْضِ ، وفيها زَرْعٌ لِلْمُفْلِسِ ، فليس له المُطَالَبَةُ بِأَخْذِه قبلَ أَوَانِ الحَصَادِ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ زَرَعَ فى أَرْضِه بِحَقٍّ ، وطَلْعُه على الشَّجَرِ بِحَقٍّ ، فلم يَلْزَمْهُ أَخْذُه ، كما لو بَاعَ الأَصْلَ وعليه الثَّمَرَةُ أو الزَّرْعُ ، وليس على صَاحِبِ الزَّرْعِ أَجْرٌ ؛ لأنَّه زَرَعَ فى أَرْضِهِ زَرْعًا تَجِبُ تَبْقِيَتُه ، فكأنَّه اسْتَوْفَى مَنْفَعَةَ الأَرْضِ ، فلم يكُنْ عليه ضَمَانُ ذلك . إذا ثَبَتَ هذا ، فإن اتَّفَقَ المُفْلِسُ والغُرَمَاءُ على التَّبْقِيَةِ ، أو القَطْعِ ، فلهم ذلك ، وإن اخْتَلَفُوا فطَلَبَ بعضُهم قَطْعَه ، وبعضُهم تَبْقِيَتَه ، نَظَرْنَا ؛ فإن كان ممَّا لا قِيمَةَ له مَقْطُوعًا ، أو قِيمَتُه يَسِيرَةٌ ، لم يُقْطَعْ ؛ لأن قَطْعَهُ سَفَهٌ . وتَضْيِيعٌ لِلْمَالِ ، وقد نَهَى النَّبِىُّ ﷺ عن / إضَاعَتِه[18] ، وإن كانت قِيمَتُه كَثِيرَةً ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، يُقَدَّمُ قولُ من طَلَبَ القَطْعَ ؛ لأنَّه أَحْوَطُ ، فإنَّ فى تَبْقِيَتِه غَرَرًا ، ولأن طَالِبَ القَطْعِ إن كان المُفْلِسَ فهو يَقْصِدُ تَبْرِئَةَ ذِمَّتِه ، وإن كان الغُرَمَاءَ فهم يَطْلُبُونَ تَعْجِيلَ حُقُوقِهم ، وذلك حَقٌّ لهم . وهذا قولُ القاضى ، وأَكْثَرِ أَصْحابِ الشَّافِعِىِّ . والثانى ، يُنْظَرُ إلى ما فيه الحَظُّ فيُعْمَلُ به ؛ لأنَّ ذلك أَنْفَعُ لِجَمِيعِهم ، والظَّاهِرُ سَلَامَتُه ، ولهذا يجوزُ أن يُزْرَعَ للمُوَلَّى عليه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه إن كان الطَّالِبُ لِلقَطْعِ الغُرَمَاءَ ، وَجَبَتْ إجَابَتُهم ؛ لأنَّ حُقُوقَهم حَالَّةٌ ، فلا يَلْزَمُهم تَأْخِيرُها مع إمْكَانِ إيفَائِها ، وإن كان الطَّالِبُ له المُفْلِسَ دُونَهم ، وكان التَّأْخِيرُ أَحَظَّ له ،

٦٩/٤ و

---

(١٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٥١٦ .

لم يَقْطَعْ ؛ لأنَّهم رَضُوا بتَأْخِيرِ حُقُوقِهِم لِحَظٍّ يَحْصُلُ لهم ، والمُفْلِسُ[١٩] يَطْلُبُ ما فيه ضَرَرٌ بنَفْسِه ، ومَنْعٌ لِلْغُرَمَاءِ من اسْتِيفَاءِ القَدْرِ الذى يَحْصُلُ من الزِّيَادَةِ بالتَّأْخِيرِ ، فلا يَلْزَمُ الغُرَمَاءَ إجابَتُه إلى ذلك .

فصل : إذا أَقَرَّ الغُرَمَاءُ بأن الزَّرْعَ أو الطَّلْعَ لِلْبَائِعِ ، و لم يَشْهَدُوا به ، أو شَهِدُوا به و لم يَكُونُوا عُدُولًا ، أو لم يُحْكَمْ بِشَهَادَتِهِمْ . حَلَف المُفْلِسُ ، وثَبَتَ الطَّلْعُ له ، يَنْفَرِدُ به دُونَهُم ؛ لأنَّهم يُقِرُّونَ أنَّهم لا حَقَّ لهم فيه . فإن أرَادَ دَفْعَهُ إلى أحَدِهِم وتَخْصِيصَه بِثَمَنِه ، فله ذلك ؛ لإِقْرَارِ بَاقِيهِم بِعَدَمِ حَقِّهِمْ فيه ، فإن امْتَنَعَ ذلك الغَرِيمُ مِن قَبُولِه ، أُجْبِرَ على قَبُولِه ، أو الإِبْرَاءِ من قَدْرِه من دَيْنِه ، فيُقَالُ له : إمَّا أن تَقْبِضَهُ ، وإمَّا أن تُبْرِئَ مِن قَدْرِ ذلك مِن دَيْنِك ، وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه مَحْكُومٌ به على المُفْلِسِ ، فكان له أن يَقْضِيَ دَيْنَه منه ، كما لو أَدَّى المُكَاتَبُ إلى سَيِّدِه نُجُومَ كِتَابَتِه ، فقال سَيِّدُه : هذا حَرَامٌ . وأنْكَرَ المُكَاتَبُ . وإن أرَادَ قِسْمَتَهُ على الغُرَمَاء ، لَزِمَهم قَبُولُه ، أو الإِبْرَاءُ ؛ لذلك . فإن قَبَضُوا الثَّمَرةَ بِعَيْنِها ، لَزِمَهُمْ رَدُّ ما حَصَلَ لهم إلى البائِعِ ؛ لأنَّهم يُقِرُّونَ له بها ، فلَزِمهم دَفْعُها إليه ، كما لو أَقَرُّوا بِعِتْقِ عَبْدٍ فى مِلْكِ غيرِهم ، ثم اشْتَرَوْهُ منه . وإن بَاعَ الثَّمرَةَ ، وفَرَّقَ ثَمَنَها فيهم ، أو دَفَعَهُ إلى بَعْضِهِم ، لم يَلْزَمْهم رَدُّ ما أَخَذُوا من ثَمنِها ؛ لأنَّهم إنَّما اعْتَرَفُوا بالعَيْنِ ، لا بِثَمَنِها . وإن شَهِدَ بعضُ الغُرَمَاءِ دَونَ بعضٍ ، أو أَقَرَّ بعضُهم دُونَ بعضٍ ، لَزِمَ الشَّاهِدَ أو المُقِرَّ الحُكْمُ الذى ذَكَرْنَاهُ ، دون غيرِه . وإن عَرَضَ عليهم المُفْلِسُ الثَّمرةَ بِعَيْنِها ، فأَبَوْا أَخْذَها ، لم يَلْزَمْهم ذلك ؛ / لأنَّه إنَّما يَلْزَمُهم الاسْتِيفاءُ من جِنْسِ دُيُونِهم ، إلَّا أن يكون فيهم مَن له جِنْسٌ من الثَّمَرِ أو الزَّرْعِ ، كالمُقْرِضِ أو المُسْلِمِ ، فيَلْزَمُه أَخْذُ ما عُرِضَ عليه ، إذا كان بِصِفَةِ حَقِّه . ولو أَقَرَّ الغُرَمَاءُ بأنَّ المُفْلِسَ أَعْتَقَ عَبْدًا

٦٩/٤ ظ

---

(١٩) فى م : « وللمفلس » .

له قبلَ فَلَسِه ، فأنْكَرَ ذلك ، لم يُقْبَلْ قوْلُهم ، إلَّا أن يَشْهَدَ منهم عَدْلَانِ ، ويكونُ حُكْمُهم فى قَبْضِ العَبْدِ أو أخْذِ ثَمَنِه إن عَرَضَهُ عليهم ، حُكْمَ ما لو أقَرُّوا بالثَّمَنِ لِلْبَائِعِ . وكذلك إن أقَرُّوا بِعَيْنٍ ممَّا فى يَدَيْهِ أنَّها غَصْبٌ أو عَارِيَّةٌ أو نحوُ ذلك ، فالحُكْمُ كما ذَكَرْنَا سواءً . وإن أقَرُّوا بأنَّه أعْتَقَ عَبْدَه بعد فَلَسِه ، انْبَنَى ذلك على صِحَّةِ عِتْقِ المُفْلِسِ ، فإن قُلْنا : لا يَصِحُّ عِتْقُه . فلا أثَرَ لإقْرارِهم ، وإن قُلْنا بصِحَّتِه ، فهو كإقْرَارِهم بِعِتْقِه قبلَ فَلَسِه ، وإن حَكَمَ الحاكِمُ بصِحَّتِه ، أو بِفَسَادِه ، نَفَذَ حُكْمُه على كلِّ حالٍ ؛ لأنَّه فِعْلٌ مُجْتَهَدٌ فيه ، فَيلْزَمُ ما حَكَمَ به الحاكِمُ ، ولا يجوزُ نَقْضُه ولا تَغْيِيرُه .

فصل : وإن صَدَّقَ المُفْلِسُ البَائِعَ فى الرُّجُوعِ قبلَ التَّأْبِيرِ ، وكَذَّبَهُ الغُرَمَاءُ ، لم يُقْبَلْ إقْرَارُه ؛ لأن حُقُوقَهم تَعَلَّقَتْ بالثمَرةِ ظَاهِرًا ، فلم يُقْبَلْ إقْرارُه ، كما لو أقَرَّ بالنَّخِيلِ ، وعلى الغُرَمَاءِ اليَمِينُ ، أنَّهم لا يَعْلَمُونَ أنَّ البائِعَ رَجَعَ قبلَ التَّأْبِيرِ ؛ ولأنَّ هذه اليَمِينَ لا يَنُوبُونَ فيها عن المُفْلِسِ ، بل هى ثَابِتَةٌ فى حَقِّهم ابْتِدَاءً ، بخِلَافِ ما لو ادَّعَى حَقًّا وأقَامَ شَاهِدًا فلم يَحْلِفْ ، لم يكُنْ لِلْغُرَمَاءِ أن يَحْلِفُوا معه ؛ لأنَّ اليَمِينَ ثَمَّ على المُفْلِسِ ، فلو حَلَفُوا حَلَفُوا لِيُثْبِتُوا حقًّا لغيرِهم ، ولا يَحْلِفُ الإنْسَانُ لِيُثْبِتَ لغيرِه حَقًّا ، ولا يجوزُ أن يكون نَائِبًا فيها ؛ لأنَّ الأَيْمَانَ لا تَدْخُلُها النِّيَابَةُ ، وفى مَسْأَلَتِنا الأَصْلُ أنَّ هذا الطَّلْعَ قد تَعَلَّقَتْ حُقُوقُهم به ، لِكَوْنِه فى يَدِ غَرِيمِهم ، ومُتَّصِلٌ بنَخْلِه ، والبائِعُ يَدَّعِى ما يُزِيلُ حُقُوقَهُم عنه ، فأشْبَهَ سَائِرَ أعْيَانِ مَالِه ، ويَحْلِفُونَ على نَفْيِ العِلْمِ ؛ لأنَّه يَمِينٌ على نَفْيِ الدَّيْنِ عن المَيِّتِ . ولو أقَرَّ المُفْلِسُ بِعَيْنٍ من أعْيَانِ مَالِه لأجْنَبِىٍّ ، أو لبعض غُرَمَائِه ، فأنْكَرَهُ الغُرَمَاءُ ، فالقولُ قولُهم ، وعليهم اليَمِينُ أنَّهم لا يَعْلَمُونَ ذلك . وكذلك لو أقَرَّ بغَرِيمٍ آخَرَ يَسْتَحِقُّ مُشَارَكَتَهُمْ ، فأنْكَرُوهُ ، فعليهم اليَمِينُ أيضا ، ويكونُ على نَفْيِ العِلْمِ لذلك . وإن أقَرَّ أنَّه ، أعْتَقَ عَبْدَه ، انْبَنَى ذلك على صِحَّةِ عِتْقِ المُفْلِسِ . فإن قلْنا : يَصِحُّ عِتْقُه صَحَّ إقْرَارُه ، وعَتَقَ ؛ لأنَّ من مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ الإقْرَارَ به ، ولأنَّ الإقْرَارَ بالعِتْقِ / يَحْصُلُ به العِتْقُ ، فكأنَّه أعْتَقَه فى الحالِ . ٧٠/٤ و

وإن قُلْنا : لا يَصِحُّ عِتْقُه . لم يُقْبَلْ إقْرَارُه ، وكان على الغُرَمَاءِ اليَمِينُ أنَّهم لا يَعْلَمُونَ

ذلك . وكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنا على الغُرَمَاءِ اليَمِينُ ، فهو على جَمِيعِهِم ، فإن حَلَفُوا أَخَذُوا ، وإن نَكَلُوا قُضِيَ لِلْمُدَّعِي بما ادَّعَاهُ ، إلَّا أن نقولَ بِرَدِّ اليَمِينِ ، فَتُرَدُّ على المُدَّعِي ، فيَحْلِفُ ويَسْتَحِقُّ ، وإن حَلَفَ بعضُهم دُونَ بعضٍ ، أَخَذَ الحالِفُ نَصِيبَه ، وحُكْمُ النَّاكِلِ ما ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وإن أَقَرَّ المُفْلِسُ أنَّه أَعْتَقَ عَبْدَهُ منذُ شَهْرٍ ، وكان العَبْدُ قد اكْتَسَبَ بعدَ ذلك مَالًا ، وأَنْكَرَ الغُرَمَاءُ ، فإن قُلْنا : لا يُقْبَلُ إقْرارهُ . حَلَفُوا ، واستَحَقُّوا العَبْدَ وكَسْبَه . وإن قُلْنا : يُقْبَلُ إقْرارُه . لم يُقْبَلْ فى كَسْبِه ، وكان لِلْغُرَمَاءِ أن يَحْلِفُوا أنَّهم لا يَعْلَمُونَ أنَّه أَعْتَقَهُ قبلَ الكَسْبِ ، ويَأْخُذُونَ كَسْبَهُ ؛ لأنَّ إقْرارَه إنَّما قُبِلَ فى العِتْقِ دُونَ غيرِه لِصِحَّتِه منه ، ولِبِنَائِه على التَّغْلِيبِ والسِّرَايَةِ ، فلا يُقْبَلُ فى المالِ ، لِعَدَمِ ذلك فيه ، ولأنَّنا نَزَّلْنا إقْرارَه مَنْزِلَةَ إعْتَاقِه فى الحالِ ، فلا تَثْبُتُ له الحُرِّيَّةُ فيما مَضَى ، فيكونُ كَسْبُه مَحْكُومًا به لِسَيِّدِه ، كما لو أَقَرَّ بِعِتقِه ، ثم أَقَرَّ له بِعَيْنٍ فى يَدِه .

فصل : فإن كان المَبِيعُ أَرْضًا فَبَنَاهَا المُشْتَرِى ، أو غَرَسَها ، ثم أَفْلَسَ ، فأَرَادَ البَائِعُ الرُّجُوعَ فى الأَرْضِ ، نَظَرْتَ ؛ فإن اتَّفَقَ المُفْلِسُ والغُرَمَاءُ على قَلْعِ الغِرَاسِ والبِنَاءِ ، فلهم ذلك ؛ لأنَّ الحَقَّ لهم ، لا يَخْرُجُ عنهم ، فإذا قَلَعُوهُ ، فَلِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ فى أَرْضِه ؛ لأنَّه وَجَدَ مَتَاعَه بِعَيْنِه . قال أصْحابُنا ، ويَسْتَحِقُّ الرُّجُوعَ قبلَ القَلْعِ ، وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَسْتَحِقَّه حتى يُوجَدَ القَلْعُ ؛ لأنَّه قبلَ القَلْعِ لم يُدْرِكْ مَتَاعَهُ إلَّا مَشْغُولًا بمِلْكِ المُشْتَرِى ، فأَشْبَهَ ما لو كانت مَسَامِيرَ فى بَابِ المُشْتَرِى . فإن قُلْنا : له الرُّجُوعُ قبلَ القَلْعِ . فقَلَعُوهُ ، لَزِمَهُم تَسْوِيَةُ الأَرْضِ من الحَفْرِ ، وأَرْشِ نَقْصِ الأَرْضِ الحَاصِلِ به ؛ لأنَّ ذلك نَقْصٌ حَصَلَ لِتَخْلِيصِ مِلْكِ المُفْلِسِ ، فكان عليه ، كما لو دَخَلَ فَصِيلُه دَارَ إنْسَانٍ وكَبِرَ ، فأَرَادَ صَاحِبُه إخْرَاجَهُ ، فلم يُمْكِنْ إلَّا بِهَدْمِ بَابِها ، فإنَّ البَابَ يُهْدَمُ لِيَخْرُجَ ، ويَضْمَنُ صَاحِبُه ما نَقَصَ ، بِخِلَافِ ما إذا وَجَدَ البائِعُ عَيْنَ مَالِه نَاقِصَةً . فرَجَعَ فيها ، فإنَّه لا يَرْجِعُ فى النَّقْصِ ؛ لأنَّ النَّقْصَ كان فى مِلْكِ المُفْلِسِ ، وهنا حَدَثَ بعدَ رُجُوعِه فى العَيْنِ ، فلهذا ضَمِنُوه ، ويَضْرِبُ بالنَّقْصِ / مع الغُرَمَاءِ . وإن قلنا : ليس له الرُّجُوعُ قبلَ القَلْعِ . ٧٠/٤ ظ

لم يَلْزَمْهُم تَسْوِيَةُ الحَفْرِ ، ولا أَرْشُ النَّقْصِ ؛ لأنَّهم فَعَلُوا ذلك فى أرْضِ المُفْلِسِ قبلَ رُجُوعِ البائِعِ فيها ، فلم يَضْمَنُوا النَّقْصَ ، كما لو قَلَعَهُ المُفْلِسُ قبلَ فَلَسِه ، فأمَّا إن امْتَنَعَ المُفْلِسُ والغُرَمَاءُ من القَلْعِ ، فلهم ذلك ، ولا يُجْبَرُونَ عليه ؛ لأنَّه غَرْسٌ بحَقٍّ . ومَفْهُومُ قوله عليه السَّلَامُ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ »[20] . أنَّه إذا لم يكُنْ ظَالمًا فله حَقٌّ . فإن بَذَلَ البائِعُ قِيمَةَ الغِرَاسِ والبِنَاءِ ، ليكونَ له الكُلُّ . أو قال : أنا أَقْلَعُ ، وأَضْمَنُ ما نَقَصَ . فإن قُلْنا : له الرُّجُوعُ قبلَ القَلْعِ . فله ذلك ؛ لأنَّ البِنَاءَ والغِرَاسَ حَصَلَ فى مِلْكِه لغيرِه بحَقٍّ ، فكان له أخْذُه بقِيمَتِه ، أو قَلْعُه وضَمَانُ نَقْصِه ، كالشَّفِيعِ إذا أخَذَ الأرْضَ وفيها غِرَاسٌ وبِنَاءٌ لِلْمُشْتَرِى ، والمُعِيرِ إذا رَجَعَ فى أرْضِه بعدَ غَرْسِ المُسْتَعِيرِ . وإن قُلْنا : ليس له الرُّجُوعُ قبلَ القَلْعِ . لم يكُنْ له ذلك ؛ لأنَّ بِنَاءَ المُفْلِسِ وغَرْسَه فى مِلْكِه ، فلم يُجْبَرْ على بَيْعِه لهذا البَائِعِ ، ولا على قَلْعِه ، كما لو لم يَرْجِعْ فى الأرْضِ . فأمَّا إن امْتَنَعَ البائِعُ من بَذْلِ ذلك ، سَقَطَ حَقُّ الرُّجُوعِ . وهذا قولُ ابنِ حامِدٍ ، وأحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحَابِ الشَّافِعِىِّ . وقال القاضى : يَحْتَمِلُ أنَّ له الرُّجُوعَ . وهو القولُ الثانى لِلشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه أدْرَكَ مَتَاعَهُ بعَيْنِه ، وفيه مَالُ المُشْتَرِى على وَجْهِ التَّبَعِ ، فلم يَمْنَعْهُ ذلك الرُّجُوعَ ، كالثَّوْبِ إذا صَبَغَهُ المُشْتَرِى . ولَنا ، أنَّه لم يُدْرِكْ مَتَاعَهُ على وَجْهٍ يمكنُه أخْذُه مُنْفَرِدًا عن غيرِه ، فلم يكُنْ له أخْذُه ، كالحَجَرِ فى البِنَاءِ ، والمَسَامِيرِ فى البَابِ ، ولأنَّ فى ذلك ضَرَرًا على المُشْتَرِى والغُرَمَاءِ ، ولا يُزَالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ ، ولأنَّه لا يَحْصُلُ بالرُّجُوعِ هٰهُنا انْقِطَاعُ النِّزَاعِ والخُصُومَةِ ، بخِلَافِ ما إذا وَجَدَها غيرَ مَشْغُولَةٍ بشىءٍ . وأمَّا الثَّوْبُ إذا صَبَغَهُ ، فلا نُسَلِّمُ أن له الرُّجُوعَ ، فهو كمَسْأَلَتِنَا ، وإن سَلَّمْنَا فالفَرْقُ بينهما من وَجْهَيْنِ ؛ أحَدُهما ، أنَّ الصِّبْغَ تَفَرَّقَ فى الثَّوْبِ ، فصَارَ كالصِّفَةِ فيه ، بخِلَافِ البِنَاءِ والغَرْسِ ، فإنَّه أعْيَانٌ مُتَمَيِّزَةٌ ، وأصْلٌ فى نَفْسِه . والثانى ، أنَّ الثَّوْبَ لا يُرَادُ لِلْبَقَاءِ ،

---

(٢٠) أخرجه البخارى ، فى : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرث . صحيح البخارى ٣/١٤٠ . وأبو داود ، فى : باب فى إحياء الموات ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢/١٥٨ . والترمذى ، فى : باب ما ذكر فى إحياء أرض الموات ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١٤٦ . والإمام مالك ، فى : باب القضاء فى عمارة الموت ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٤٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٣٢٧ .

بخِلَافِ الأَرْضِ والبِناءِ[21] ، فإذا قُلْنا : لا يَرْجِعُ . فلا كَلَامَ . وإن قُلْنا : يَرْجِعُ . فَرَجَعَ ، واتَّفَقَ الجَمِيعُ على بَيْعِهما ، بِيعَا لهما ، وأَخَذَ كلُّ واحِدٍ بِقَدْرِ حَقِّه . وإن امْتَنَعَ أَحَدُهما من البَيْعِ ، احْتَمَلَ أن يُجْبَرَ عليه ، كما لو كان المَبِيعُ ثَوْبًا ، فصَبَغَهُ المُشْتَرِى ، فإنَّ الثَّوْبَ / يُبَاعُ لهما ، كذا هٰهُنا . ويَحْتَمِلُ أن لا يُجْبَرَ ؛ لأنَّه أَمْكَنَ طَالِبَ البَيْعِ أن يَبِيعَ مِلْكَهُ مُفْرَدًا ، بِخِلَافِ الثَّوبِ المَصْبُوغِ ، فإن بِيعَا لهما ، قَسَمَا الثَّمَنَ على قَدْرِ القِيمَتَيْنِ ، فتُقَوَّمُ الأَرْضُ غيرَ ذاتِ شَجَرٍ ولا بِنَاءٍ ، ثم تُقَوَّمُ وهما فيها ، فما كان قِيمَةَ الأَرْضِ بغيرِ غِرَاسٍ ولا بِنَاءٍ ، فلِلْبَائِعِ قِسْطُه من الثَّمَنِ ، وما زَادَ فهو لِلْمُفْلِسِ والغُرَمَاءِ . وإن قُلْنا : لا يُجْبَرُ المُمْتَنِعُ على البَيْعِ . أو لم يَطْلُبْ أحَدُهما البَيْعَ . فَاتَّفَقَا على كَيْفِيَّةِ كَوْنِهما بينهما ، جَازَ ما اتَّفَقَا عليه ، وإن اخْتَلَفَا ، كانت الأَرْضُ لِلْبَائِعِ ، والغِرَاسُ والبِنَاءُ لِلْمُفْلِسِ والغُرَمَاءِ ، ولهم دُخُولُ الأَرْضِ لِسَقْيِ الشَّجَرِ وأَخْذِ الثَّمَرَةِ ، وليس لهم دُخُولُها لِلتَّفَرُّجِ ولغيرِ حَاجَةٍ ، ولِلْبَائِعِ دُخُولُها لِلزَّرْعِ ، ولما شَاءَ ؛ لأنَّ الأَرْضَ له ومِلْكُه . وإن بَاعُوا الشَّجَرَ والبِنَاءَ لإِنْسَانٍ ، فحُكْمُه فى ذلك حُكْمُهم . ولو بَذَلَ المُفْلِسُ والغُرَمَاءُ ، أو المُشْتَرِى منهم ، قِيمَةَ الأَرْضِ لِلْبَائِعِ ، لِيَدْفَعَها لهم ، لم يَلْزَمْهُ ذلك ؛ لأنَّ الأَرْضَ أَصْلٌ ، فلا يُجْبَرُ على بَيْعِها ، بِخِلَافِ ما فيها من الغَرْسِ والبِنَاءِ .

71/4 و

فصل : إذا اشْتَرَى غِرَاسًا ، فَغَرَسَهُ فى أَرْضِه ، ثم أَفْلَسَ ، و لم يَزِدِ الغِرَاسُ ، فله الرُّجُوعُ فيه ؛ لأنَّه أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِه . وإذا أَخَذَه ، فعليه تَسْوِيَةُ الأَرْضِ ، وأَرْشُ نَقْصِهَا الحاصِلُ بِفِعْلِه[22] ؛ لأنَّه نَقْصٌ حَصَلَ لِتَخْلِيصِ مِلْكِه من مِلْكِ غيره . وإن بَذَلَ المُفْلِسُ والغُرَمَاءُ له قِيمَتَهُ ، لِيَمْلِكُوه بذلك ، لم يُجْبَرْ على قَبُولِها ؛ لأنَّه اخْتَارَ أَخْذَ مَالِه ، وتَفْرِيغَ مِلْكِهم ، وإِزَالَةَ ضَرَرِه عنهم ، فلم يكُنْ لهم مَنْعُه ، كالمُشْتَرِى

(21) سقط من : م .

(22) فى م : « بقلعه » .

إذا غَرَسَ فى الأَرْضِ المَشْفُوعَةِ . وإن امْتَنَعَ من القَلْعِ ، فبَذَلُوا له القِيمَةَ لِيَمْلِكَه المُفْلِسُ ، أو أرادُوا قَلْعَهُ وضَمَانَ النَّقْصِ ، فلهم ذلك . وكذلك إذا أرادُوا قَلْعَه من غير ضَمَان النَّقْصِ ؛ لأنَّ المُفْلِسَ إنَّما ابْتَاعَهُ مَقْلُوعًا ، فلم يَجِبْ عليه إبْقَاؤُه فى أرْضِه . وقيل : ليس لهم قَلْعُه من غيرِ ضَمَانِ النَّقْصِ ؛ لأنَّه غَرْسٌ بِحَقٍّ ، فأشْبَهَ غَرسَ المُفْلِسِ فى الأَرْضِ التى ابْتَاعَها إذا رَجَعَ بَائِعُها فيها . والفَرْقُ بينهما ظَاهِرٌ ؛ فإنَّ إبْقَاءَ الغِرَاسِ فى هذه الصُّورَةِ حَقٌّ عليه ، فلم يَجِبْ عليه بِفِعْلِه ، وفى التى قبلَها إبْقَاؤُه حَقٌّ له فوَجَبَ له بِغِرَاسِه فى مِلْكِه . فإن اخْتَارَ بعضُهم القَلْعَ ، وبعضُهم التَّبْقِيَةَ ، قُدِّمَ قَوْلُ مَن طَلَبَ القَلْعَ ، سواءٌ كان المُفْلِسَ أو الغُرَمَاءَ ، أو بعضَ الغُرَمَاءِ ؛ لأنَّ الإبقاءَ ضَرَرٌ غيرُ واجِبٍ ، فلم يَلْزَم المُمْتَنِعَ منه الإجَابَةُ إليه/ . وإن زَادَ الغِرَاسُ فى الأَرْضِ ، فهى زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، تَمْنَعُ الرُّجُوعَ على قولِ الخِرَقِىِّ ، ولا تَمْنَعُه على رِوَايَةِ المَيْمُونِىِّ .

٧١/٤ ظ

فصل : وإن اشْتَرَى أرْضًا من رَجُلٍ ، وغِرَاسًا من آخَرَ ، فغَرَسَهُ فيها ، ثم أفْلَسَ ولم يَزِد الشَّجَرُ ، فلِكُلِّ واحدٍ منهما الرُّجُوعُ فى عَيْنِ مَالِه ، ولِصَاحِبِ الأَرْضِ قَلْعُ الغِرَاسِ من غير ضَمَانِ نَقْصِه بالقَلْعِ ، على ما ذَكَرْنَا ؛ لأنَّ البَائِعَ إنَّما بَاعَهُ مَقْلُوعًا ، فلا يَسْتَحِقُّه إلَّا كذلك . وإن أرادَ بَائِعُه قَلْعَه من الأَرْضِ ، فقَلَعَهُ ، فعليه تَسْوِيَةُ الحَفْرِ ، وضَمَانُ نَقْصِها الحاصِلِ به ؛ لما تَقَدَّمَ . وإن بَذَلَ صَاحِبُ الغِرَاسِ قِيمَةَ الأَرْضِ لِصَاحِبِها لِيَمْلِكَه ، لم يُجْبَرْ على ذلك ؛ لأنَّ الأَرْضَ أصْلٌ ، فلا يُجْبَرُ على بَيْعِها تَبَعًا . وإن بَذَلَ صَاحِبُ الأَرْضِ قِيمَةَ الغِراسِ[23] ، لِيَمْلِكَه إذا امْتَنَعَ من القَلْعِ ، فله ذلك ؛ لأنَّ غَرْسَه حَصَلَ فى مِلْكِ غيرِه بِحَقٍّ ، فأشْبَهَ غَرْسَ المُفْلِسِ فى أرْضِ البائِعِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ ذلك ؛ لأنَّه لا يُجْبَرُ على إبْقَائِه إذا امْتَنَعَ من دَفْعِ قِيمَتِه ، أو أرْشِ نَقْصِه ، فلا يكونُ له أن يَتَمَلَّكَه بالقِيمَةِ ، بِخِلَافِ التى قبلَها . والأَولَى أوْلَى . وهذا يَنْتَقِضُ بِغَرْسِ الغَاصِبِ .

---

(٢٣) فى ا ، م : « للغراس » .

فصل : الشَّرط الثالث ، أن لا يكونَ البَائِعُ قَبَضَ من ثَمَنِها شيئا . فإن كان قد قَبَضَ بعضَ ثَمَنِها ، سَقَطَ حَقُّ الرُّجُوعِ . وبهذا قال إسحاقُ ، والشَّافِعِيُّ في القَدِيمِ ، وقال في الجَدِيدِ : له أن يَرْجِعَ في قَدْرِ ما بَقِيَ من الثَّمَنِ ؛ لأنَّه سَبَبٌ تَرْجِعُ به العَيْنُ كلُّها إلى العَاقِدِ ، فجازَ أن يَرْجِعَ به بعضُها ، كالفُرْقَةِ قبلَ الدُّخولِ في النِّكَاحِ . وقال مالِكٌ : هو مُخَيَّرٌ ، إن شَاءَ رَدَّ ما قَبَضَهُ ورَجَعَ في جَمِيعِ العَيْنِ ، وإن شَاءَ حَاصَّ الغُرَماءَ ولم يَرْجِعْ . ولَنا ، ما رَوَى أبو بَكْرِ بن عبد الرحمنِ ، عن أبي هُرَيْرَةَ : أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ سِلْعَةً ، فأَدْرَكَ سِلْعَتَه بِعَيْنِها عند رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، ولم يَكُنْ قَدْ قَبَضَ مِنْ ثَمَنِها شَيْئًا ، فَهِيَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ قَبَضَ مِنْ ثَمَنِها شَيْئًا ، فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ ، وابنُ مَاجَه ، والدَّارَقُطْنِيُّ[24] . ولأنَّ في الرُّجُوعِ في قِسْطِ ما بَقِيَ تَبْعِيضًا لِلصَّفْقَةِ على المُشْتَرِي ، وإضْرَارًا به ، وليس ذلك لِلْبَائِعِ . فإن قيل : لا ضَرَرَ عليه في ذلك ؛ لأنَّ مَالَهُ يُبَاعُ ، ولا يَبْقَى له ، فيَزُولُ عنه الضَّرَرُ . قُلْنا : لا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ بالبَيْعِ ؛ فإنَّ قِيمَتَهُ تَنْقُصُ بالتَّشْقِيصِ ، ولا يُرْغَبُ فيه مُشَقَّصًا ، فيَتَضَرَّرُ المُفْلِسُ والغُرَمَاءُ بنَقْصِ القِيمَةِ . ولأنَّه سَبَبٌ / يُفْسَخُ به البَيْعُ ، فلم يَجُزْ تشْقِيصُه ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ والخِيَارِ ، وقِيَاسُ البَيْعِ على البَيْعِ أَوْلَى من قِيَاسِه على النِّكَاحِ . ولا فَرْقَ بينَ كَوْنِ المَبِيعِ عَيْنًا واحِدَةً ، أو عَيْنَيْنِ ، لما ذَكَرْنا من الحَدِيثِ والمَعْنَى . فإن قِيل : حَدِيثُكم يَرْوِيه أبو بكرِ بن عبد الرحمنِ ، عن النَّبِيِّ ﷺ مُرْسَلًا ، ولا حُجَّةَ في المَرَاسِيلِ . قُلْنا : قد رَوَاهُ مالِكٌ ومُوسَى بن عُقْبَةَ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن أبي بكرِ بن عبد الرَّحْمَنِ ، عن أبي هُرَيْرَةَ ، كذلك ذَكَرَهُ ابنُ عبدِ البَرِّ ، وأخْرَجَهُ أبو دَاوُدَ وابنُ مَاجَه والدَّارَقُطْنِيُّ في « سُنَنِهم » مُتَّصِلًا ، فلا يَضُرُّ إرْسَالُ مَن أَرْسَلَهُ ، فإنَّ رَاوِي المُسْنَدِ معه زِيَادَةٌ لا يُعَارِضُها تَرْكُ مُرْسِلِ الحَدِيثِ لها ، وعلى أن المُرْسَلَ حُجَّةٌ ، فلا يَضُرُّ إرْسَالُه .

٧٢/٤ و

---

(٢٤) أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ... ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٥٧ . وابن ماجه ، في : باب من وجد متاعه بعينه عند رجل ... ، من كتاب الأحكام ، سنن ابن ماجه ٢/٧٩٠ . والدارقطني ، من كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣/٣٠ .

فصل : الشَّرطُ الرَّابع ، أن لا يكونَ تَعلَّقَ بها حَقُّ الغَيْرِ . فإن رَهَنَها المُشْتَرِى ، ثم أفْلَسَ أو وَهَبَها[٢٥] ، لم يَمْلِكِ البائِعُ الرُّجُوعَ ، كما لو بَاعَها أو أعْتَقَها ، ولأنَّ فى الرُّجُوعِ إضْرَارًا بالمُرْتَهِنِ ، ولا يُزَالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ ، ولأنَّ النَّبىَّ ﷺ قال : « مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِه عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أفْلَسَ ، فَهُوَ أحَقُّ بِهِ »[٢٦] . وهذا لم يَجِدْهُ عند المُفْلِسِ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا . فإن كان دَيْنُ المُرْتَهِنِ دونَ قِيمَةِ الرَّهْنِ ، بِيعَ كلُّه ، فَقُضِىَ منه دَيْنُ المُرْتَهِنِ ، والباقِى يُرَدُّ على سائِرِ مالِ المُفْلِسِ ، ويَشْتَرِكُ الغُرَمَاءُ فيه ، وإن بِيعَ بعضُه ، فبَاقِيه بينهم يُبَاعُ لهم أيضًا ، ولا يَرْجِعُ به البائِعُ . قال القاضى : له الرُّجُوعُ به . وهو مذهب الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه عَيْنُ مَالِه ، لم يَتَعَلَّقْ به حَقُّ غيره . ولَنا ، أنَّه لم يَجِدْ مَتَاعَهُ بِعَيْنِه ، فلم يكُنْ له أخْذُه ، كما لو كان الدَّيْنُ مُسْتَغْرِقًا له . وما ذَكَرَهُ القاضى لا يُخَرَّجُ على المَذْهَبِ ؛ لأنَّ تَلَفَ بعضِ المَبِيعِ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، فكذلك ذَهَابُ بَعْضِه بالبَيْعِ . ولو رَهَنَ بعضَ العَبْدِ لم يكُنْ لِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ فى بَاقِيه ؛ لما ذَكَرْنَا . وإن كان المَبِيعُ عَيْنَيْنِ ، فرَهَنَ إحْدَاهُما ، فهل يَمْلِكُ البائِعُ الرُّجُوعَ فى الأُخْرَى ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً على الرِّوَايَتَيْنِ فيما إذا تَلِفَتْ إحْدَى العَيْنَيْنِ . وإن فَكَّ الرَّهْنَ قبلَ فَلَسِ المُشْتَرِى ، أو أبْرَأ من دَيْنِه ، فَلِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه أدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِه عندَ المُشْتَرِى . وإن أفْلَسَ وهو رَهْنٌ ، فأبْرَأ المُرْتَهِنُ المُشْتَرِى / من دَيْنِه ، أو قَضَى الدَّيْنَ من غيرِه ، فلِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ أيضا كذلك .

٧٢/٤ ظ

فصل : وإن كان عَبْدًا ، فأفْلَسَ المُشْتَرِى بعدَ تَعَلُّقِ أرْشِ الجِنَايَةِ بِرَقَبَتِه ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحَدُهما ، ليس لِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ تَعَلُّقَ الرَّهْنِ به يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، وأرْشُ الجِنَايَةِ يُقَدَّمُ على حَقِّ المُرْتَهِنِ ، فأوْلَى أن لا يَرْجِعَ . ذَكَرَهُ أبو الخَطَّابِ . والثانى ، لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ فيه ؛ لأنَّه حَقٌّ لا يَمْنَعُ تَصَرُّفَ المُشْتَرِى فيه[٢٧] ، فلم يَمْنَعْ

---

(٢٥) فى م : « وبها » خطأ .

(٢٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٣٩ .

(٢٧) سقط من : ا .

الرُّجوعَ ، كالدَّيْنِ فى ذِمَّتِه . وفَارَقَ الرَّهْنَ ؛ فإنَّه يَمْنَعُ تَصرُّفَ المُشْتَرِى فيه . فإن قُلْنا : لا يَرْجِعُ . فَحُكْمُه حُكْمُ الرَّهْنِ . وإن قُلْنا : له الرُّجوعُ . فهو مُخَيَّرٌ ؛ إن شاءَ رَجَعَ فيه نَاقِصًا بأَرْشِ الجنَايَةِ ، وإن شاءَ ضَرَبَ بِثَمَنِه مع الغُرَمَاءِ . وإن أَبْرَأَ الغَرِيمَ من الجِنَايَةِ ، فَلِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ فيه ؛ لأنَّه وَجَدَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِه خَالِيًا من تَعَلُّقِ حَقِّ غيرِه به .

فصل : وإن أَفْلَسَ بعدَ خُرُوجِ المَبِيعِ من مِلْكِه ؛ بِبَيْعٍ ، أو هِبَةٍ ، أو وقْفٍ ، أو عِتْقٍ ، أو غيرِ ذلك ، لم يكُنْ لِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه لم يُدْرِكْ مَتَاعَهُ بِعَيْنِه عندَ المُفْلِسِ ، سواءٌ كان المُشْتَرِى يُمْكِنُه اسْتِرْجَاعُه بخِيَارٍ له ، أو عَيْبٍ فى ثَمَنِه ، أو رُجُوعِه فى هِبَةِ وَلَدِه ، أو غيرِ ذلك ؛ لما ذَكَرْنَا . وخُرُوجُ بَعْضِه كَخُرُوجِ جَمِيعِه ؛ لما تَقَدَّمَ . فإن أَفْلَسَ بعدَ رُجُوعِ ذلك إلى مِلْكِه ، ففيه ثلاثةُ أَوْجُهٍ : أحَدُها ، له الرُّجوعُ ؛ لِلْخَبَرِ ، ولأنَّه وَجَدَ عَيْنَ مَالِه خَالِيًا عن حَقِّ غيرِه ، أَشْبَهَ ما لو لم يَبِعْهُ . والثانى ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّ هذا المِلْكَ لم يَنْتَقِلْ إليه منه ، فلم يَمْلِكْ فَسْخَهُ . ذَكَرَ أَصْحَابُنا هذَيْنِ الوَجْهَيْنِ . ولِأَصْحابِ الشَّافِعِىِّ مثلُ ذلك . والثالث ، أنَّه[28] إن عَادَ إليه بِسَبَبٍ جَدِيدٍ ، كَبَيْعٍ ، أو هِبَةٍ ، أو إرْثٍ ، أو وَصِيَّةٍ ، أو نحوِ ذلك . لم يكُنْ لِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه لم يَصِرْ إليه من جِهَتِه . وإن عَادَ إليه بِفَسْخٍ ، كالإِقَالَةِ ، والرَّدِّ بِعَيْبٍ أو خِيَارٍ ، ونحوِ ذلك ، فلِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ هذا المِلْكَ اسْتَنَدَ إلى السَّبَبِ الأَوَّلِ ، فإنَّ فَسْخَ العَقْدِ الثانى لا يَقْتَضِى ثُبُوتَ المِلْكِ ، وإنَّما أزَالَ السَّبَبَ المُزِيلَ لِمِلْكِ البائِعِ ، فثَبَتَ المِلْكُ بالسَّبَبِ الأَوَّلِ ، فمَلَكَ اسْتِرْجاعَ ما ثَبَتَ المِلْكُ فيه بِبَيْعِه .

فصل : وإن كان المَبِيعُ شِقْصًا مَشْفُوعًا ، ففيه ثلاثةُ أَوْجُهٍ : أحَدُها : البائعُ أَحَقُّ به . هذا قولُ ابنِ حامِدٍ ؛ لِلْخَبَرِ ، ولأنَّه إذا رَجَعَ فيه عَادَ الشِّقْصُ إليه ، فزَالَ الضَّرَرُ

---

(٢٨) سقط من : م .

٧٣/٤ و عن الشَّفِيعِ ، لأنَّه عَادَ كما / كان قبلَ البَيْعِ ، و لم تَتَجدَّدْ شَرِكَةُ غيره . والثانى ، أنَّ الشفِيعَ أحَقُّ . ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّ حَقَّهُ أسْبَقُ فكان أَوْلَى ، بَيانُه أنَّ حَقَّ البَائِعِ ثَبَتَ بالحَجْرِ ، وحَقُّ الشَّفِيعِ ثَبَتَ بالبَيْعِ ، ولأنَّ[٢٩] حَقَّهُ آكَدُ ؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّ انْتِزاعَ الشِّقْصِ من المُشْتَرِى ، وممَّن نَقَلَهُ إليه ، وحَقُّ البَائِعِ إنَّما يَتَعَلَّقُ بالعَيْنِ ، ما دَامَتْ فى يَدِ المُشْتَرِى ، ولا يَزُولُ الضَّرَرُ عنه بِرَدِّه إلى البَائِعِ ، بِدَلِيلِ ما لو بَاعَهُ المُشْتَرِى لِبَائِعِه ، أو وَهَبَهُ إياه ، أو أقَالَه ، لم يَسْقُطْ حَقُّ الشَّفِيعِ ، ولأنَّ البائِعَ إنَّما يَسْتَحِقُّ الرُّجُوعَ فى عَيْنٍ لم يَتَعَلَّقْ بها حَقُّ الغَيْرِ ، وهذه قد تَعَلَّقَ بها حَقُّ الشَّفِيعِ . الوَجْهُ الثالث ، أنَّ الشَّفِيعَ إن كان طَالَبَ بالشُّفْعَةِ ، فهو أحَقُّ ؛ لأنَّ حَقَّهُ تَأَكَّدَ هنا[٣٠] بالمُطَالَبَةِ ، وإن كان لم يُطَالِبْ بها ، فالبَائِعُ أَوْلَى . ولأصْحَابِ الشَّافِعِىّ وَجْهَانِ ، كالأَوَّلَيْنِ ، ولهم وَجْهٌ ثَالِثٌ ، أنَّ الثَّمَنَ يُؤْخَذُ من الشَّفِيعِ ، فَيَخْتَصُّ به البَائِعُ ، جَمْعًا بين الحَقَّيْنِ ، فإنَّ غَرَضَ الشَّفِيعِ فى عَيْنِ الشِّقْصِ المَشْفُوعِ ، وغَرَضَ البائِعِ فى ثَمَنِه ، فيَحْصُلُ ذلك بما ذَكَرْنا . وليس هذا جَيِّدًا ؛ لأنَّ حَقَّ البائِعِ إنَّما ثَبَتَ فى العَيْنِ ، فإذا صَارَ الأمْرُ إلى وُجُوبِ الثَّمَنِ ، تَعَلَّقَ بِذِمَّتِه ، فساوَى الغُرَمَاء فيه .

فصل : وإن كان المَبِيعُ صَيْدًا ، فأَفْلَسَ المُشْتَرِى والبائِعُ مُحْرِمٌ ، لم يَرْجِعْ فيه ؛ لأنَّه تَمَلُّكُ الصَّيْدِ ، فلم يَجُزْ مع الإحْرَامِ ، كشِرَاءِ الصَّيْدِ . وإن كان البائِعُ حَلالًا فى الحَرَمِ ، والصَّيْدُ فى الحِلِّ ، فأفْلَسَ المُشْتَرِى ، فَلِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ فيه ؛ لأنَّ الحَرَمَ إنَّما يَحْرُمُ الصَّيْدُ الذى فيه ، وهذا ليس مِن صَيْدِه ، فلا يَحْرُمُ ، ولو أفْلَسَ المُحْرِمُ ، وفى مِلْكِه صَيْدٌ ، بَائِعُه حَلالٌ ، فله أخْذُه ؛ لأنَّ المانِعَ غيرُ مَوْجُودٍ فى حَقِّه .

فصل : وإذا أفْلَسَ ، وفى يَدِه عَيْنُ مَالٍ دَيْنُ بَائِعِها مُؤَجَّلٌ ، وقُلْنا : لا يَحِلُّ الدَّيْنُ

---

(٢٩) فى م : « ولأنه » .

(٣٠) سقط من : ا .

بالفَلَسِ . فقال أحمدُ ، فى رِوَايَةِ الحسنِ بن ثَوَابٍ : يكونُ مَالُه مَوْقُوفًا إلى أن يَحِلَّ دَيْنُه ، فيَخْتَارَ البَائِعُ الفَسْخَ أو التَّرْكَ . وهذا قولُ بعضِ أصْحَابِ الشَّافِعِىِّ . والمَنْصُوصُ عن الشَّافِعِىِّ ، أنَّه يُبَاعُ فى الدُّيُونِ الحالَّةِ . ويَتَخَرَّجُ لنا مثلُ ذلك ؛ لأنَّها حُقُوقٌ حَالَّةٌ ، فقُدِّمَتْ على الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ ، كدَيْنِ مَن لم يَجِدْ عَيْنَ مَالِه . ولِلأَوَّلِ الخَبَرُ ، ولأنَّ حَقَّ هذا البائِعِ تَعَلَّقَ بالعَيْنِ ، فقُدِّمَ على غيرِه ، وإن كان مُؤَجَّلًا . كالمُرْتَهِنِ / ، والمَجْنِىِّ عليه . ٧٣/٤ ظ

فصل : قال أحمدُ ، فى رَجُلٍ ابْتَاعَ طَعَامًا نَسِيئَةً ، ونَظَرَ إليه وقَلَّبَهُ ، وقال : أَقْبِضُهُ غَدًا . فمَاتَ البَائِعُ وعليه دَيْنٌ ، فالطَّعَامُ لِلْمُشْتَرِى ، ويَتْبَعُه الغُرَمَاءُ فى الثَّمَنِ ، وإن كان رَخِيصًا . وكذلك قال الثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ ؛ لأن المِلْكَ ثَبَتَ لِلْمُشْتَرِى فيه بالشِّرَاءِ ، وزَالَ مِلْكُ البائِعِ عنه ، فلم يُشَارِكْهُ غُرَمَاءُ البائِعِ فيه ، كما لو قَبَضَهُ .

الشَّرْطُ الخامس ، أن يكونَ المُفْلِسُ حَيًّا . ويأْتى شَرْحُ ذلك فى آخِرِ البابِ ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : ورُجُوعُ البائِعِ فى المَبِيعِ فَسْخٌ لِلْبَيْعِ ، لا يَحْتَاجُ إلى مَعْرِفَةِ المَبِيعِ ، ولا القُدْرَةِ على تَسْلِيمِه ، ولا اشْتِبَاهِ المَبِيعِ بغيرِه ، فلو رَجَعَ فى المَبِيعِ الغَائِبِ بعدَ مُضِىِّ مُدَّةٍ يَتَغَيَّرُ فيها ، ثم وَجَدَه على حَالِه لم يَتْلَفْ شىءٌ منه ، صَحَّ رُجُوعُه . وإن رَجَعَ فى العَبْدِ بعد إبَاقِه ، أو الجَمَلِ بعد شُرُودِه ، أو الفَرَسِ العَائِرِ[31] ، صَحَّ ، وصَارَ ذلك له ، فإن قَدَرَ عليه أخَذَهُ ، وإن ذَهَبَ كان من مَالِه . وإن تَبَيَّنَ أنَّه كان تَالِفًا حين اسْتِرْجَاعِه ، لم يَصِحَّ اسْتِرْجَاعُه ، وكان له أن يَضْرِبَ مع الغُرَمَاءِ فى المَوْجُودِ من مَالِه . وإن رَجَعَ فى المَبِيعِ ، واشْتَبَه بغيرِه ، فقال البائِعُ : هذا هو المَبِيعُ . وقال المُفْلِسُ : بل هذا . فالقولُ قولُ المُفْلِسِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ لِاسْتِحْقَاقِ ما ادَّعَاهُ البائِعُ ، والأَصْلُ معه .

---

(٣١) عار الفرس يعير : ذهب كأنه منفلت .

٨٠٢ ـ مسألة ؛ قال : (وَمَنْ وَجَبَ لَهُ حَقٌّ بِشَاهِدٍ ، فَلَمْ يَحْلِفْ ، لَمْ يَكُنْ لِلْغُرَمَاءِ أَنْ يَحْلِفُوا مَعَهُ ، ويَسْتَحِقُّوا)

وجملةُ ذلك أنَّ المُفْلِسَ فى الدَّعْوَى كغَيرِه ، فإذا ادَّعَى حَقًّا له به شَاهِدُ عَدْلٍ ، وحَلَفَ مع شاهِدِه ، ثَبَتَ المالُ ، وتَعَلَّقَتْ به حُقوقُ الغُرَماءِ . وإن امتنعَ لم يُجْبَرْ ؛ لأنَّنا لا نَعلَمُ صِدْقَ الشَّاهِدِ ، ولو ثَبَتَ الحَقُّ بِشهادَتِه لم يَحْتَجْ إلى يَمِينٍ معه ، فلا يُجْبَرُ على الحَلْفِ على ما لا يَعْلَمُ صِدْقَه كغيرِه . فإن قال الغُرَماءُ : نحن نَحْلِفُ مع الشَّاهِدِ . لم يكُنْ لهم ذلك . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ فى الجَدِيدِ ، وقال فى القَدِيمِ : يَحْلِفُونَ معه ؛ لأنَّ حُقُوقَهم تَعَلَّقَتْ بالمالِ ، فكان لهم أن يَحْلِفُوا ، كالوَرَثَةِ يَحْلِفون على مَالِ مَوْرُوثِهم . ولنا ، أنَّهم يُثْبِتون مِلْكًا لِغَيْرِهم ؛ لِتَعَلُّقِ حُقُوقِهِمْ به بعد ثُبُوتِه ، فلم يَجُزْ لهم ذلك ، كالمَرْأَةِ تَحْلِفُ لإثْبَاتِ مِلْكٍ لِزَوْجِهَا ؛ لِتَعَلُّقِ نَفقَتِها به ، وكالوَرَثَةِ قبلَ مَوْتِ مَوْرُوثِهم . وفَارَقَ ما بعدَ المَوْتِ ، فإنَّ المالَ انْتَقَلَ إليهم ، وهم يُثْبِتون بأَيْمانِهم مِلْكًا لأنْفُسِهم .

٧٤/٤ و **٨٠٣ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ عَلَى المُفْلِسِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، / لَمْ يَحِلَّ بِالتَّفْلِيسِ ، وَكَذَلِكَ فِى الدَّيْنِ الَّذِى عَلَى المَيِّتِ ، إذَا وَثَّقَ الوَرَثَةُ)**

وجُمْلَتُه أن الدَّيْنَ المُؤَجَّلَ لا يَحِلُّ بِفَلَسِ مَن هو عليه ، رِوَايَةً واحِدَةً . قالَه القاضِى . وذَكَرَ أبوالخَطَّابِ فيه رِوَايَةً أُخرَى ، أنَّه يَحِلُّ . وبه قال مالِكٌ . وعن الشَّافِعِىِّ كالمَذْهَبَيْنِ . واحْتَجُّوا بأنَّ الإفْلَاسَ يَتعَلَّقُ به الدَّيْنُ بالمالِ ، فأَسْقَطَ الأَجَلَ كالمَوْتِ . ولنا ، أنَّ الأَجَلَ حَقٌّ لِلْمُفْلِسِ ، فلا يَسْقُطُ بِفَلَسِه ، كسَائِرِ حُقُوقِه ، ولأنَّه لا يُوجِبُ حُلُولَ ماله ، فلا يُوجِبُ حُلُولَ ما عليه ، كالجُنُونِ والإغْمَاءِ ، ولأنَّه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ على حَىٍّ ، فلم يَحِلَّ قبلَ أَجَلِه ، كغيرِ المُفْلِسِ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ الدَّيْنَ يَحِلُّ بالمَوْتِ ، فهو كمَسْأَلَتِنا ، وإن سَلَّمْنَا ، فالفَرْقُ بينهما أنَّ ذِمَّتَه خَرِبَتْ وبَطَلَتْ ، بخِلَافِ المُفْلِسِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه إذا حُجِرَ على المُفْلِسِ ، فقال أصْحَابُنَا : لا يُشَارِكُ أَصْحَابُ الدُّيُونِ المُؤَجَّلَةِ غُرَمَاءَ الدُّيُونِ الحالَّةِ ، بل يُقْسَمُ المالُ المَوْجُودُ

بين أصْحَابِ الدُّيُونِ الحالَّةِ ، ويَبْقَى المُؤَجَّلُ فى الذِّمَّةِ إلى وَقْتِ حُلُولِه ، فإن لم يَقْتَسِمِ الغُرَمَاءُ حتى حَلَّ الدَّيْنُ ، شَارَكَ الغُرَمَاءَ ، كما لو تَجَدَّدَ على المُفْلِسِ دَيْنٌ بِجنَايَتِه ، وإن أدْرَكَ بعضَ المالِ قبلَ قَسْمِهِ ، شَارَكَهم فيه ، ويَضْرِبُ فيه بِجَمِيعِ دَيْنِه ، ويَضْرِبُ سَائِرُ الغُرَمَاءِ بِبَقِيَّةِ دُيُونِهِم . وإن قُلْنا : إن الدَّيْنَ يَحِلُّ . فإنَّه يَضْرِبُ مع الغُرَمَاءِ بِدَيْنِه ، كغيرِه من أرْبَابِ الدُّيُونِ الحالَّةِ . فأما إن مَاتَ وعليه دُيُونٌ مُؤَجَّلَةٌ ، فهل تَحِلُّ بالمَوْتِ ؟ فيه رِوَايَتَانِ ؛ إحْدَاهما ، لا تَحِلُّ إذا وَثَّقَ الوَرَثَةُ . وهو قول ابن سِيرِينَ ، وعبدِ اللهِ بن الحسنِ ، وإسْحاقَ ، وأبى عُبَيْدٍ . وقال طَاوُسٌ ، وأبو بَكرِ بن محمدٍ ، والزُّهْرِىُّ ، وسَعْدُ[1] بن إبراهيمَ : الدَّيْنُ إلى أجَلِه . وحُكِىَ ذلك عن الحسنِ . والرِّوَايَةُ الأُخْرَى ، أنَّه يَحِلُّ بالمَوْتِ . وبه قال الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، وسَوَّارٌ ، ومالِكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه لا يَخْلُو إمَّا أن يَبْقَى فى ذِمَّةِ المَيِّتِ ، أو الوَرَثَةِ ، أو يَتَعَلَّقُ بالمالِ ، لا يجوزُ بَقَاؤُه فى ذِمَّةِ المَيِّتِ لِخَرَابِها ، وتَعَذُّرِ مُطَالَبَتِه بها ، ولا ذِمَّةِ الوَرَثَةِ ؛ لأنَّهم لم يَلْتَزِمُوها ، ولا رَضِىَ صَاحِبُ الدَّيْنِ بِذِمَمِهِم ، وهى مُخْتَلِفَةٌ مُتَبَايِنَةٌ ، ولا يجوزُ تَعْلِيقُه على الأعْيَانِ وتَأْجِيلُه ؛ لأنَّه ضَرَرٌ بالمَيِّتِ وصَاحِبِ الدَّيْنِ ، ولا نَفْعَ لِلْوَرَثَةِ فيه ؛ أمَّا المَيِّتُ فلأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « المَيِّتُ / مُرْتَهَنٌ بِدَيْنِه ، حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ »[2] . وأمَّا صَاحِبُه فيَتَأَخَّرُ حَقُّه ، وقد تَتْلَفُ العَيْنُ فيَسْقُطُ حَقُّه . وأمَّا

٧٤/٤ ظ

---

(١) فى النسخ : « سعيد » .

وهو سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف الزهرى ، كان قاضى المدينة ، وكان ثقة كثير الحديث ، توفى سنة خمس وعشرين ومائة . تهذيب التهذيب ٤٦٣/٣ – ٤٦٥ . وحفيده سعد بن إبراهيم بن سعد ، ثقة كان على قضاء واسط ، توفى سنة إحدى ومائتين . تهذيب التهذيب ٤٦٢/٣ ، ٤٦٣ .

(٢) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء عن النبى ﷺ أنه قال نفس المؤمن معلقة ... ، من أبواب الجنائز . عارضة الأحوذى ٢٩٧/٤ . وابن ماجه ، فى : باب التشديد فى الدين ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠٦/٢ ، والدارمى ، فى : باب ماجاء فى التشديد فى الدين . من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦٢/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٤٠/٢ ، ٤٧٥ ، ٥٠٨ .

الوَرَثَةُ ، فإنَّهم لا يَنْتَفِعُونَ بالأَعْيَانِ ، ولا يَتصرَّفُونَ فيها ، وإن حَصَلَتْ لهم مَنْفَعَةٌ ، فلا يَسْقُطُ حَظُّ المَيِّتِ وصَاحِبِ الدَّيْنِ لِمَنْفَعَةٍ لهم . ولَنا ، ما ذَكَرْنَا فى المُفْلِسِ ، ولأنَّ المَوْتَ ما جُعِلَ مُبْطِلًا لِلْحُقُوقِ ، وإنَّما هو مِيقَاتٌ لِلْخِلَافَةِ ، وعَلَامَةٌ على الوِرَاثَةِ ، وقد قال النَّبِىُّ ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا أو مَالًا فَلِوَرَثَتِه »[3] . وما ذَكَرُوهُ إثْبَاتُ حُكْمٍ بالمَصْلَحَةِ المُرْسَلَةِ ، ولا يَشْهَدُ لها شاهِدُ الشَّرْعِ باعْتِبَارٍ ، ولا خِلَافَ فى فَسَادِ هذا ، فعلى هذا يَبْقَى الدَّيْنُ فى ذِمَّةِ المَيِّتِ كما كان ، ويَتَعَلَّقُ بعَيْنِ مَالِه كتَعَلُّقِ حُقُوقِ الغُرَمَاءِ بمَالِ المُفْلِسِ عند الحَجْرِ عليه . فإن أحَبَّ الوَرَثَةُ أداءَ الدَّيْنِ ، والْتِزَامَه لِلْغَرِيمِ ، ويَتَصرَّفُونَ فى المالِ ، لم يكُنْ لهم ذلك ، إلَّا أن يَرْضَى الغَرِيمُ أو يُوَثِّقُوا الحَقَّ بضَمِينٍ مَلِىءٍ ، أو رَهْنٍ يَثِقُ به لِوَفَاءِ حَقِّه ، فإنَّهم قد لا يَكُونُوا أمْلِيَاءَ ، و لم يَرْضَ بهم الغَرِيمُ ، فيُؤَدِّى إلى فَوَاتِ الحَقِّ . وذَكَرَ القاضى أنَّ الحَقَّ يَنْتَقِلُ إلى ذِمَمِ الوَرَثَةِ بمَوْتِ مُوَرِّثِهِم ، من غير أن يُشْتَرَطَ الْتِزَامُهم له . ولا يَنْبَغِى أن يَلْزَمَ الإنْسَانَ دَيْنٌ لم يَلْتَزِمْهُ ، و لم يَتَعَاطَ سَبَبَهُ ، ولو لَزِمَهُم ذلك لِمَوْتِ مَوَرِّثِهم[4] لَلَزِمَهم وإن لم يُخْلِفْ وَفَاءً ، وإن قُلْنا : إنَّ الدَّيْنَ يَحِلُّ بالمَوْتِ . فأَحَبَّ الوَرَثَةُ القَضَاءَ مِن غيرِ التَّرِكَةِ ، واسْتِخْلَاصَ التَّرِكَةِ ، فلهم ذلك ، وإن قَضَوْا منها ، فلهم

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب الدين ، من كتاب الكفالة ، وفى : باب الصلاة على من ترك دينا ، من كتاب الاستقراض ، وفى : باب قول النبى ﷺ من ترك كلا أو ضياعًا فإلىّ ، من كتاب النفقات ، فى : باب قول النبى ﷺ من ترك مالا فلأهله ، و : باب ميراث الأسير ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ١٢٨/٣ ، ١٥٥ ، ٨٧/٧ ، ١٨٧/٨ ، ١٩٣ ، ١٩٤ . ومسلم ، فى : باب من ترك مالا فلورثته ، من كتاب الفرائض . صحيح مسلم ١٢٣٧/٣ ، ١٢٣٨ . وأبو داود ، فى : باب فى ميراث ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض ، وفى : باب أرزاق الذرية ، من كتاب الإجارة ، وفى : باب فى التشديد فى الدين ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ١١١/٢ ، ١٢٣ ، ٢٢١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الصلاة على المديون ، من أبواب الجنائز ، وفى : باب ما جاء من ترك مالًا فلورثته ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٢٩١/٤ ، ٢٣٩/٨ . والنسائى ، فى : باب الصلاة على من عليه دين ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٥٣/٤ . وابن ماجه ، فى : باب من ترك دينا أو ضياعا ... ، من كتاب الصدقات ، وفى : باب ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٨٠٧/٢ ، ٩١٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٩٠/٢ ، ٤٥٣ ، ٤٥٦ ، ٢٩٦/٣ ، ٣٧١ ، ١٣١/٤ .

(٤) فى الأصل ، ا : « موروثهم » .

ذلك ، وإن امْتَنَعُوا من القَضَاءِ ، بَاعَ الحاكِمُ من التَّرِكَةِ ما يُقْضَى به الدَّيْنُ . وإن مَاتَ مُفْلِسٌ وله غُرَمَاءُ ، بعضُ دُيُونِهم مُؤَجَّلٌ ، وبعضُها حَالٌّ ، وقُلْنا : المُؤَجَّلُ يَحِلُّ بالمَوْتِ . تَسَاوَوْا فى التَّرِكَةِ ، فَاقْتَسَمُوهَا على قَدْرِ دُيُونِهم . وإن قُلْنا : لا يَحِلُّ بالمَوْتِ . نَظَرْنَا ؛ فإن وَثَّقَ الوَرَثَةُ لِصَاحِبِ المُؤَجَّلِ ، اخْتَصَّ أَصْحَابُ الحالِّ بالتَّرِكَةِ ، وإن امْتَنَعَ الوَرَثَةُ من التَّوْثِيقِ ، حَلَّ دَيْنُه ، وشَارَكَ أَصْحَابَ الحالِّ ، لِئَلَّا يُفْضِىَ إلى إسْقَاطِ دَيْنِه بالكُلِّيَّةِ .

فصل : حَكَى بعضُ أصْحَابِنَا فى مَن مَاتَ وعليه دَيْنٌ ، هل يَمْنَعُ الدَّيْنُ نَقْلَ التَّرِكَةِ إلى الوَرَثَةِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحْدَاهما ، لا يَمْنَعُه ؛ لِلْخَبَرِ ، ولأنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بالمالِ لا يُزِيلُ المِلْكَ فى حَقِّ الجَانِى والرَّاهِنِ والمُفْلِسِ ، فلم يَمْنَعْ نَقْلَه . فإن تَصَرَّفَ الوَرَثَةُ فى / التَّرِكَةِ بِبَيْعٍ أو غيرِه ، صَحَّ تَصَرُّفُهُم ، ولَزِمَهُم أداءُ الدَّيْنِ ، فإن تَعَذَّرَ وَفَاؤُه ، فُسِخَ تَصَرُّفُهم ، كما لو بَاعَ السَّيِّدُ عَبْدَه الجانِى ، أو النِّصَابَ الذى وَجَبَتْ فيه الزَّكَاةُ . والرِّوَايَةُ الثانِيَةُ ، يَمْنَعُ نَقْلَ التَّرِكَةِ إليهم ، لِقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[5] . فجَعَلَ التَّرِكَةَ لِلْوَارِثِ من بعدِ الدَّيْنِ والوَصِيَّةِ ، فلا يَثْبُتُ لهم المِلْكُ قبلَهما . فعلى هذا ، لو تَصَرَّفَ الوَرَثَةُ ، لم يَصِحَّ تَصَرُّفُهم ؛ لأنَّهم تَصَرَّفُوا فى غيرِ مِلْكِهِم ، إلَّا أن يَأْذَنَ الغُرَمَاءُ لهم ، وإن تَصَرَّفَ الغُرَمَاءُ ، لم يَصِحَّ إلَّا بِإِذْنِ الوَرَثَةِ .

٧٥/٤ و

٨٠٤ – مسألة ؛ قال : (وَكُلُّ مَا فَعَلَهُ المُفْلِسُ فِى مَالِه قَبْلَ أَنْ يَقِفَهُ الْحَاكِمُ ، فَجَائِزٌ)

يعنى قبلَ أن يَحْجُرَ عليه الحاكِمُ . فنَبْدَأُ بِذِكْرِ سَبَبِ الحَجْرِ ، فنقولُ : إذا رُفِعَ إلى الحاكِمِ رَجُلٌ عليه دَيْنٌ ، فسَأَلَ غُرَمَاؤُه الحاكِمَ الحَجْرَ عليه ، لم يُجِبْهم حتى تَثْبُتَ دُيُونُهم بِاعْتِرَافِه أو بِبَيِّنَةٍ ، فإذا ثَبَتَتْ ، نَظَرَ فى مَالِه ، فإن كان وَافِيًا بِدَيْنِه ،

---

(٥) سورة النساء ١١ .

لم يَحْجُرْ عليه ، وأمَرَهُ بِقَضَاءِ دَيْنِه ، فإن أبى حَبَسَهُ ، فإن لم يَقْضِه[1] ، وصَبَرَ على الحَبسِ قَضَى الحاكِمُ دَيْنَه من مَالِه ، وإن احْتَاجَ إلى بَيْعِ مَالِه فى قَضَاءِ دَيْنِه بَاعَهُ ، وإن كـان مَالُه دونَ دَيْنِه ، ودُيُونُه مُؤَجَّلَةٌ ، لم يَحْجُرْ عليه ؛ لأنَّه لا تُسْتَحَقُّ مُطَالَبَتُه بها ، فلا يَحْجُرُ عليه من أجْلِهَا . وإن كان بعضُها مُؤَجَّلًا ، وبعضُها حالًّا ، ومَالُه يَفِى بالحالِّ ، لم يَحْجُرْ عليه أيضا كذلك . وقال بعضُ أصْحابِ الشَّافِعِىِّ : إن ظَهَرَتْ أمَارَاتُ الفَلَسِ ، لِكَوْنِ مَالِه بإزَاءِ دَيْنِه ، ولا نَفَقَةَ له إلَّا من مَالِه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، يَحْجُرُ عليه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أن مَالَه يَعْجِزُ عن دُيُونِه ، فهو كما لو كان مَالُه نَاقِصًا . ولنا : أن مَالَهُ وافٍ بما يَلْزَمُه أداؤُه ، فلم يُحْجَرْ عليه ، كما لو لم تَظْهَرْ أمَارَاتُ الفَلَسِ ، ولأنَّ الغُرَمَاءَ لا يُمْكِنُهُم طَلَبُ حُقُوقِهم فى الحال ، فلا حَاجَةَ إلى الحَجْرِ . وأما إن كانت دُيُونُه حالَّةً ، يَعْجِزُ مَالُه عن أدائِها ، فسَأَلَ غُرَمَاؤُه الحَجْرَ عليه ، لَزِمَتْهُ إجَابَتُهم . ولا يجوزُ الحَجْرُ عليه بغيرِ سُؤَالِ غُرَمَائِه ؛ لأنَّه لا وِلَايَةَ له فى ذلك ، وإنما يَفْعَلُه لِحَقِّ الغُرَمَاءِ ، فاعْتُبِرَ رِضَاهُم به . وإن اخْتَلَفُوا ، فطَلَبَ بعضُهم دُونَ بعضٍ ، أُجِيبَ مَن طَلَبَ ؛ لأنَّه حَقٌّ له . وبهذا قال مَالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وقال أبو حنيفةَ : ليس لِلْحَاكِمِ الحَجْرُ عليه ، فإذا أدَّى اجْتِهَادُه إلى الحَجْرِ عليه ثَبَتَ ؛ لأنَّه فِعْلٌ[2] مُجْتَهَدٌ فيه ، وليس له التَّصَرُّفُ فى مَالِه ؛ لأنَّه لا وِلَايَةَ عليه ، إلَّا أنَّ الحَاكِمَ / يُجْبِرُه على البَيْعِ إذا لم يُمْكِنِ الإيفَاءُ بدونه ، فإن امْتَنَعَ لم يَبِعْه ، وكذلك إن امْتَنَعَ المُوسِرُ من وَفَاءِ الدَّيْنِ ، لا يَبِيعُ مَالَه ، وإنَّما يَحْبِسُهُ لِيَبِيعَ بِنَفْسِه ، إلَّا أن يكـونَ عليه أحَدُ النَّقْدَيْنِ ، ومَالُه من النَّقْدِ الآخرِ ، فيَدْفَعُ الدَّرَاهِمَ عن الدَّنَانِيرِ ، والدَّنَانِيرَ عن الدَّرَاهِمِ ؛ لأنَّه رَشِيدٌ لا وِلَايَةَ[3] عليه ، فلم يَجُزْ لِلْحَاكِمِ بَيْعُ مَالِه بغيرِ إذْنِه ، كالذى لا دَيْنَ عليه ، وخَالَفَهُ صَاحِبَاهُ فى ذلك . ولَنا ، ما رَوَى كَعْبُ بن مَالِكٍ ،

٤/٧٥ ظ

(١) فى الأصل : « يقضى » .

(٢) فى ا ، م : « فصل » .

(٣) فى م : « لاوية » . خطأ .

أنَّ النَّبيَّ ﷺ حَجَرَ على مُعَاذٍ ، وبَاعَ مَالَهُ فى دَيْنِه . رَوَاهُ الخَلَّالُ بإسْنَادِه[4] . وَرُوِىَ عن عمرَ بن الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه خَطَبَ النَّاسَ ، وقال : ألا إنَّ أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ قد رَضِىَ من دِينِهِ وأمَانَتِه بأن يُقال : سَبَقَ الحَاجَّ ، فادَّانَ مُعْرِضًا ، فأصْبح وقد رِينَ[5] به ، فمَن كان له عليه مَالٌ فَلْيَحْضُرْ غَدًا ، فإنَّا بائِعُو مَالِه ، وقَاسِمُوهُ بين غُرَمَائِه . ولأنَّه مَحْجُورٌ عليه ، مُحْتَاجٌ إلى قَضَاءِ دَيْنِه ، فجَازَ بَيْعُ مَالِه بغيرِ رِضَاهُ ، كالصَّغِيرِ والسَّفِيهِ ، ولأنَّه نَوْعُ مَالٍ ، فجازَ بَيْعُه فى قَضَاءِ دَيْنِه ، كالأثْمَانِ . وقِيَاسُهم يَبْطُلُ بِبَيْعِ الدَّرَاهِمِ بالدَّنَانِيرِ . إذا ثَبَتَ هذا عُدْنَا إلى مَسْأَلَةِ الكِتَابِ ، فنقولُ : ما فَعَلَهُ المُفْلِسُ قبلَ حَجْرِ الحَاكِمِ عليه ، من بَيْعٍ ، أو هِبَةٍ ، أو إقْرَارٍ ، أو قَضَاءِ بعض الغُرَمَاءِ ، أو غيرِ ذلك ، فهو جَائِزٌ نَافِذٌ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ . ولا نَعْلَمُ أحَدًا خَالَفَهم . ولأنَّه رَشِيدٌ غيرُ مَحْجُورٍ عليه ، فنَفَذَ تَصَرُّفُه كغيرِه ، ولأنَّ سَبَبَ المَنْعِ الحَجْرُ ، فلا يَتَقَدَّمُ سَبَبَهُ ، ولأنَّه من أهْلِ التَّصَرُّفِ ، و لم يُحْجَرْ عليه ، فأشْبَه المَلِىءَ ، وإن أكْرَى[6] جَمَلًا بِعَيْنِه ، أو دَارًا ، لم تَنْفَسِخْ إجَارَتُه بالفَلَسِ ، وكان المُكْتَرِى أحَقَّ به ، حتى تَنْقَضِىَ مُدَّتُه .

فصل : ومتى حُجِرَ عليه ، لم يَنْفُذْ تَصَرُّفُه فى شىءٍ من مَالِه ، فإن تَصَرَّفَ بِبَيْعٍ ، أو هِبَةٍ ، أو وَقْفٍ ، أو أصْدَقَ امْرَأةً مَالًا له ، أو نحو ذلك ، لم يَصِحَّ . وبهذا قال مَالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ فى قولٍ ، وقال فى آخَرَ : يَقِفُ تَصَرُّفُه ، فإن كان فيما بَقِىَ من مَالِه وفاءُ الغُرَمَاء نَفَذَ ، وإلَّا بَطَلَ . ولَنا ، أنَّه مَحْجُورٌ عليه بِحُكْمِ حَاكِمٍ ، فلم يَصِحَّ تَصَرُّفُه ، كالسَّفِيهِ ، ولأنَّ حُقُوقَ الغُرَمَاءِ تَعَلَّقَتْ بأعْيَانِ مَالِه ، فلم يَصِحَّ تَصَرُّفُه فيها ، كالمَرْهُونَةِ . فأمَّا إن تَصَرَّفَ فى ذِمَّتِه ، فاشْتَرَى ، أو اقْتَرَضَ ، أو تَكَفَّلَ ، صَحَّ تَصَرُّفُه ؛ لأنَّه أهْلٌ لِلتَّصَرُّفِ ، وإنَّما وُجِدَ فى حَقِّه الحَجْرُ ، والحَجْرُ

---

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٣٨ .

(٥) رين به : أحاط بماله الدين وعلته الديون . وانظر حديث أسيفع جهينة عند البيهقى ، فى : باب الحجر على المفلس ، من كتاب التفليس ، السنن الكبرى ٦/٤٩ .

(٦) فى الأصل : « اكترى » .

٧٦/٤ و إنَّما يَتَعلَّقُ بمَالِه لا بِذِمَّتِه ، ولكن لا يُشَارِكُ أصْحَابُ هذه الدُّيُونِ الغُرَمَاءَ ؛ / لأنَّهم رَضُوا بذلك ، إذا عَلِمُوا أنه مُفْلِسٌ وعَامَلُوهُ ، ومَن لم يَعْلَمْ فقد فَرَّطَ فى ذلك ، فإنَّ هذا فى مَظِنَّةِ الشُّهْرَةِ ، ويُتْبَعُ بها بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه . وإن أقَرَّ بِدَيْنٍ ، لَزِمَهُ بعد فَكِّ الحَجْرِ عنه . نَصَّ عليه أحمدُ ، وهو قولُ مَالِكٍ ، ومحمدِ بن الحسنِ ، والثَّوْرِىِّ ، والشَّافِعِىِّ فى قولٍ ، وقال فى الآخرِ[٧] : يُشَارِكُهُمْ ، واخْتَارَهُ ابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّه دَيْنٌ ثَابِتٌ مُضَافٌ إلى ما قَبْلَ الحَجْرِ ، فيُشَارِكُ صَاحِبُه الغُرَمَاءَ ، كما لو ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ . ولَنا ، أنَّه مَحْجُورٌ عليه ، فلم يَصِحَّ إقْرَارُه فيما حُجِرَ عليه فيه ، كالسَّفِيهِ ، أو كالرَّاهِنِ يُقِرُّ على الرَّهْنِ ، ولأنَّه إقْرَارٌ يُبْطِلُ ثُبُوتُه حَقَّ غيرِ المُقِرِّ ، فلم يُقْبَلْ ، أو إقْرَارٌ على الغُرَمَاءِ ، فلم يُقْبَلْ ، كإقْرارِ الرَّاهِنِ ، ولأنَّه مُتَّهَمٌ فى إقْرارِه ، فهو كالإقْرارِ على غيرِه ، وفَارَقَ البَيِّنَةَ ، فإنَّه لا تُهْمَةَ فى حَقِّها . ولو كان المُفْلِسُ صَانِعًا ، كالقَصَّارِ[٨] ، والحائِكِ ، فى يَدَيْهِ مَتَاعٌ ، فأقَرَّ به لأرْبَابِه ، لم يُقْبَلْ إقْرَارُه ، والقولُ فيها كالتى قبلَها ، وتُبَاعُ العَيْنُ التى فى يَدَيْهِ ، وتُقْسَمُ بين الغُرَمَاءِ ، وتكونُ قِيمَتُها واجِبَةً على المُفْلِسِ إذا قَدَرَ عليها ؛ لأنَّها صُرِفَتْ فى دَيْنِه بِسَبَبٍ من جِهَتِه ، فكانت قِيمَتُها عليه ، كما لو أذِنَ فى ذلك . وإن تَوَجَّهَتْ على المُفْلِسِ يَمِينٌ ، فنَكَلَ عنها ، فَقُضِىَ عليه ، فحُكْمُه حُكْمُ إقْرارِه ، يَلْزَمُ فى حَقِّه ، ولا يَحَاصُّ الغُرَمَاءَ .

فصل : وإن أعْتَقَ المُفْلِسُ بعضَ رَقِيقِه ، فهل يَصِحُّ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحْداهما ، يَصِحُّ ويَنْفُذُ . وهو قولُ أبى يوسفَ ، وإسحاقَ ؛ لأنَّه عِتْقٌ من مالِكٍ رَشِيدٍ ، فنَفَذَ ، كما قبلَ الحَجْرِ ، ويُفَارِقُ سَائِرَ التَّصَرُّفَاتِ ؛ لأنَّ لِلْعِتْقِ تَغْلِيبًا وسِرَايَةً ، ولهذا يَسْرِى إلى مِلْكِ الغَيْرِ ، ويَسْرِى واقِفهُ ، بِخِلَافِ غيرِه . والرِّوَايَةُ الأُخْرَى ، لا يَنْفُذُ عِتْقُه . وبهذا قال مَالِكٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، واخْتَارَهُ أبو الخَطَّابِ ،

---

(٧) فى ا : « القديم » .

(٨) القصار : من يدق الثياب ويبيّضها .

فى « رُءُوسِ المسَائِلِ » ؛ لأنَّه مَمْنُوعٌ من التَّبرُّعِ لِحَقِّ الغُرَمَاءِ ، فلم يَنْفُذْ عِتْقُه كالمَرِيضِ الذى يَسْتَغْرِقُ دَيْنُه مَالَهُ ، ولأنَّ المُفلِسَ مَحْجُورٌ عليه ، فلم يَنْفُذْ عِتْقُه كالسَّفِيهِ ، وفَارَقَ المُطْلَقَ . وأمَّا سِرَايَتُه إلى مِلْكِ الغَيْرِ ، فمِن شَرْطِه أن يكونَ مُوسِرًا ، يُؤْخَذُ منه قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِه ، فلا يَتَضَرَّرُ ، ولو كان مُعْسِرًا ، لم يَنْفُذْ عِتْقُه إلَّا فيما يَمْلِكُ ، صِيَانَةً لِحَقِّ الغيرِ ، وحِفْظًا له من[9] الضَّيَاعِ ، كذا هٰهُنا . وهذا أصَحُّ ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : ويُسْتَحَبُّ إظْهَارُ الحَجْرِ عليه ، لِتُجْتَنَبَ مُعَامَلَتُه ، كيلا يَسْتَضِرَّ النَّاسُ بِضَيَاعِ أَمْوَالِهم عليه ، / والإشْهَادِ عليه ، لِيَنْتَشِرَ ذلك عنه ، ورُبَّما عُزِلَ الحاكِمُ أو مَاتَ ، فَيَثْبُتُ الحَجْرُ عند الآخَرِ ، فيُمْضِيهِ ، ولا يَحْتَاجُ إلى ابْتِدَاءِ حَجْرٍ ثَانٍ . ٧٦/٤ ظ

فصل : وإن ثَبَتَ عليه حَقٌّ بِبَيِّنَةٍ ، شَارَكَ صَاحِبُه الغُرَمَاءَ ؛ لأنَّه دَيْنٌ ثَابِتٌ قبلَ الحَجْرِ عليه ، فأشْبَهَ ما لو قَامَتِ البَيِّنَةُ به قبلَ الحَجْرِ . ولو جَنَى المُفْلِسُ بعدَ الحَجْرِ جِنَايَةً أَوْجَبَتْ مَالا ، شَارَكَ المَجْنِيُّ عليه الغُرَمَاءَ ؛ لأنَّ حَقَّ المَجْنِيِّ عليه ثَبَتَ بغير اخْتِيَارِه . ولو كانت الجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلقِصَاصِ ، فعَفَا صَاحِبُها عنها إلى مَالٍ ، أو صَالَحَهُ المُفْلِسُ على مَالٍ ، شَارَكَ الغُرَمَاءَ ؛ لأنَّ[10] سَبَبَهُ ثَبَتَ بغيرِ اخْتِيَارِ صَاحِبِه ، فأشْبَهَ ما لو أَوْجَبَتِ المالَ . فإنْ قِيلَ : ألا قَدَّمْتُمْ حَقَّهُ على الغُرَمَاءِ ، كما قَدَّمْتُمْ حَقَّ مَن جَنَى عليه بعضُ عَبِيدِ المُفْلِسِ ؟ قُلْنا : لأنَّ الحَقَّ فى العَبْدِ الجانِى تَعَلَّقَ بِعَيْنِه ، فَقُدِّمَ لذلك ، وحَقُّ هذا تَعَلَّقَ بالذِّمَّةِ ، كغيرِه من الدُّيُونِ ، فَاسْتَوَيَا .

فصل : ولو قَسَمَ الحاكِمُ مَالَه بين غُرَمَائِه ، ثم ظَهَرَ غَرِيمٌ آخَرُ ، رَجَعَ على الغُرَمَاءِ بِقِسْطِه ، وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وحُكِيَ ذلك عن مَالِكٍ ، وحُكِيَ عنه : لا يَحَاصُّهُم[11] ؛ لأنَّه نَقْضٌ لِحُكْمِ الحاكِمِ . ولَنا ، أنَّه غَرِيمٌ لو كان حَاضِرًا

---

(٩) فى ا ، م : « عن » .

(١٠) فى ا : « لم لا » .

(١١) فى الأصل : « يخاصمهم » . خطأ .

قَاسَمَهُم ، فإذا ظَهَرَ بعد ذلك ، قَاسَمَهُم ، كغَرِيمِ المَيِّتِ يَظْهَرُ بعد قَسْمِ مَالِه ، وليس قَسْمُ الحاكِمِ مَالَه حُكْمًا ، إنَّما هو قِسْمَةٌ بانَ الخَطأُ فيها ، فأَشْبَهَ ما لو قَسَّمَ مالَ المَيِّت بين غُرَمَائِهِ ثم ظَهَرَ غَرِيمٌ آخَرُ . أو قَسَمَ أَرْضًا بين شُرَكَاءَ ، ثم ظَهَرَ شَرِيكٌ آخَرُ . أو قَسَّمَ المِيرَاثَ بين وَرَثَةٍ ، ثم ظَهَرَ وَارِثٌ سِواهُ ، أو وَصِيَّةٌ ، ثم ظَهَرَ مُوصًى له آخَرُ .

فصل : ولو أَفْلَسَ وله دَارٌ مُسْتَأْجَرَةٌ ، فَانْهَدَمَتْ بعدَ قَبْضِ المُفْلِسِ الأُجْرَةَ ، انْفَسَخَتِ الإِجَارَةُ فيما بَقِيَ من المُدَّةِ ، وسَقَطَ من الأُجْرَةِ بِقَدْرِ ذلك ، ثم إن وَجَدَ عَيْنَ مَالِه ، أَخَذَ بِقَدْرِ ذلك ، وإن لم يَجِدْه ، ضَرَبَ مع الغُرَمَاءِ بِقَدْرِه . وإن كان ذلك بعد قَسْمِ مَالِه ، رَجَعَ على الغُرَمَاءِ بِحِصَّتِه ؛ لأنَّه سَبَبُ وُجُوبه قبلَ الحَجْرِ ، ولذلك يُشَارِكُهم إذا وَجَبَ قبلَ القِسْمَةِ . ولو بَاعَ سِلْعَةً ، وقَبَضَ ثَمَنَها ، ثم أَفْلَسَ فوَجَدَ بها المُشْتَرِى عَيْبًا ، فرَدَّها به ، أو رَدَّها بخِيَارٍ ، أو اخْتِلَافٍ في الثَّمَنِ ، ونحوِه ، ووجَدَ عَيْنَ مَالِه ، أَخَذَها ؛ لأنَّ البَيْعَ لمَّا انْفَسَخَ ، زَالَ مِلْكُ المُفْلِسِ عن الثَّمَنِ ، كزَوَالِ مِلْكِ المُشْتَرِى عن المَبِيعِ ، وإن كان بعدَ تَصَرُّفِه فيه ، شَارَكَ المُشْتَرِى الغُرَمَاءَ .

٤/ ٧٧ و / **٨٠٥ ـ مسألة** ؛ قال : (**وَيُنْفَقُ على المُفْلِسِ ، وعَلَى مَنْ تَلْزَمُه مُؤْنَتُه بِالْمَعْرُوفِ مِنْ مَالِه ، إِلَى أَنْ يُفْرَغَ مِنْ قِسْمَتِهِ**[1] **بَيْنَ غُرَمَائِهِ**)

وجُمْلَةُ ذلك أنَّه إذا حُجِرَ على المُفْلِسِ ، وكان ذا كَسْبٍ يَفِى بنَفَقَتِه ، ونَفَقَةِ مَن تَلْزَمُه نَفَقَتُه ، فنَفَقَتُه فى كَسْبِه ، فإنَّه لا حَاجَةَ إلى إخْرَاجِ مَالِه مع غِنَاهُ بِكَسْبِه ، فلم يَجُزْ أَخْذُ مَالِه ، كالزِّيَادَةِ على النَّفَقَةِ ، وإن كان كَسْبُه دون نَفَقَتِه ، كَمَّلْنَاها من مَالِه ، وإن لم يكُنْ ذا كَسْبٍ ، أُنْفِقَ عليه من مَالِه مُدَّةَ الحَجْرِ ، وإن طَالَتْ ؛

(١) فى الأصل : « قسمه » .

لأنَّ مِلْكَه بَاقٍ ، وقد قال النبىُّ ﷺ : « ابْدَأْ بِنَفْسِكَ ، ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ »[2] . ومَعْلُومٌ أنَّ فى مَن يَعُولُه مَن تَجِبُ نَفَقَتُه عليه ، ويكونُ دَيْنًا عليه ، وهى الزَّوْجَةُ ، فإذا قَدَّمَ نَفَقَةَ نَفْسِه على نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ ، فكذلك على حَقِّ الغُرَمَاءِ ، ولأنَّ الحَىَّ آكَدُ حُرْمَةً من المَيِّتِ ، لأنَّه مَضْمُونٌ بالإتْلَافِ ، وتَقْدِيمُ تَجْهِيزِ المَيِّتِ ، ومُؤْنَةِ دَفْنِه على دَيْنِه ، مُتَّفَقٌ عليه . فنَفَقَتُه أَوْلَى . وتُقَدَّمُ أيضًا نَفَقَةُ مَن تَلْزَمُه نَفَقَتُه من أقَارِبه ، مثلِ الوَالِدِينَ ، والمَوْلُودِينَ ، وغيرِهم ، ممَّن تَجِبُ نَفَقَتُهُم ؛ لأنَّهم يَجْرُونَ مَجْرَى نَفْسِه ، لأنَّ ذَوِى رَحِمِه منهم يَعْتِقُونَ إذا مَلَكَهم ، كما يَعْتِقُ إذا مَلَكَ نَفْسَه ، فكانت نَفَقَتُهُم كنَفَقَتِه ، وكذلك زَوْجَتُه تُقَدَّمُ نَفَقَتُها ، لأنَّ نَفَقَتَها آكَدُ من نَفَقَةِ الأقَارِبِ ؛ لأنَّها تَجِبُ من طَرِيقِ المُعَاوَضَةِ ، وفيها مَعْنَى الإحْيَاءِ ، كما فى الأقَارِبِ ، وممَّن أَوْجَبَ الإنْفَاقَ على المُفْلِسِ وَزَوْجَتِه وأوْلَادِه الصِّغَارِ من مَالِه ، أبو حنيفةَ ، ومَالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ . ولا نَعْلَمُ أحَدًا خَالَفَهم . وتَجِبُ كُسْوَتُهم أيضا ؛ لأنَّ ذلك ممَّا لا بُدَّ منه ، ولا تَقُومُ النَّفْسُ بِدُونِه ، والوَاجِبُ من النَّفَقَةِ والكُسْوَةِ أدْنَى ما يُنْفَقُ على مِثْلِه بالمَعْرُوفِ ، وأدْنَى ما يَكْتَسِى مِثْلُه ، إن كان من جِنْسِ الطَّعَامِ أو مُتَوَسِّطِه ،

---

(2) أخرجه النسائىّ ، فى : باب أى الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة . وفى : باب بيع المدبر ، من كتاب البيوع . المجتبى ٥/٥٢ ، ٧/٢٦٧ .

وبلفظ : « ابدأ بنفسك » . أخرجه مسلم ، فى : باب النفقة بالنفس ... ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢/٦٩٣ .

وبلفظ : « وابدأ بمن تعول » . أخرجه البخارى ، فى : باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب وجوب النفقة على الأهل والعيال ، من كتاب النفقات . صحيح البخارى ٢/١٣٩ ، ٧/٨١ . وأبو داود ، فى : باب الرخصة فى ذلك ، من كتاب الزكاة . سنن أبى داود ١/٣٩٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن المسألة ، من أبواب الزكاة ، وفى : باب ما جاء فى الزهادة فى الدنيا ، من كتاب الزهد . عارضة الأحوذى ٣/١٩٣ ، ٩/٢٠٧ . والنسائىّ ، فى : باب أيتهما العليا ، وباب الصدقة عن ظهر غنى ، وباب أى الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥/٤٦ ، ٥٢ . والدارمى ، فى : باب من يستحب للرجل الصدقة ، وباب فضل اليد العليا ، من كتاب الزكاة . سنن الدارمى ١/٣٨٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٤/١٥٢ ، ٢٣٠ ، ٢٤٥ ، ٢٧٨ ، ٢٨٨ ، ٣١٩ ، ٣٥٨ ، ٣٦٢ ، ٣٩٤ ، ٤٠٢ ، ٤٣٤ ، ٤٧٥ ، ٤٧٦ ، ٤٨٠ ، ٥٠١ ، ٥٢٤ ، ٥٢٧ ، ٣/٣٣٠ ، ٣٤٦ ، ٤٠٢ ، ٤٠٣ ، ٤٣٤ ، ٥/٢٦٢ . وانظر ما تقدم فى ٤/١٥٠ ، ٢٦٤ .

وكذلك كُسْوَتُه من جنسِ ما يَكْتَسِيه مِثْلُه ، وكُسْوَةُ امْرَأَتِه ونَفَقَتُها مثلُ ما يُفْتَرضُ على مِثْلِه . وأَقَلُّ ما يَكْفِيه من اللِّبَاسِ قَمِيصٌ ، وسَرَاوِيلُ ، وشيءٌ يَلْبَسُه على رَأْسِه ، إمَّا عِمَامَةٌ وإمَّا[3] قَلَنسُوَةٌ أو غيرُهما ، ممَّا جَرَتْ به عَادَتُه ، ولِرِجْلِه حِذَاءٌ ، إن كان يَعْتَادُه . وإن احْتَاجَ إلى جُبَّةٍ ، أو فَرْوَةٍ لِدَفْعِ البَرْدِ ، دُفِعَ إليه ذلك . وإن كانت له ثِيَابٌ لا يَلْبَسُ مثله مِثْلَها ، بِيعَتْ ، واشْتُرِىَ له كُسْوَةٌ مثلُها ، وَرُدَّ الفَضْلُ على الغُرَمَاءِ ، فإن كانت إذا بِيعَتْ ، واشْتُرِىَ له كُسْوَةٌ ، لا يَفْضُلُ / منها شيءٌ ، تُرِكَتْ ؛ فإنَّه لا فَائِدَةَ فى بَيْعِهَا . ٤/٧٧ ظ

فصل : وإن ماتَ المُفْلِسُ ، كُفِّنَ من مَالِه ؛ لأنَّ نَفَقَتَهُ كانت وَاجِبَةً من مَالِه فى حال حَيَاتِه ، فوَجَبَ تَجْهِيزُه منه بعدَ المَوْتِ ، كغيرِه . وكذلك يَجِبُ كَفَنُ مَن يَمُونُه ؛ لأنَّهم بمَنْزِلَتِه ، ولا يَلْزَمُ تَكْفِينُ الزَّوْجَةِ ؛ لأنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ فى مُقَابَلَةِ الاسْتِمْتَاعِ ، وقد فَاتَ بالمَوْتِ ، فسَقَطَتِ النَّفَقَةُ . ويُفَارِقُ الأَقَارِبَ ؛ لأنَّ قَرَابَتَهُم بَاقِيَةٌ . وإن مَاتَ مِن عَبِيدِه أَحَدٌ ، وَجَبَ تَكْفِينُه وتَجْهِيزُه ؛ لأنَّ نَفَقَتَه ليست فى مُقَابَلَةِ الانْتِفَاعِ به ، ولذلك تَجِبُ نَفَقَةُ الصَّغِيرِ والمَبِيعِ قبل التَّسْلِيمِ ، ويُكَفَّنُ فى ثَلَاثَةِ أثْوابٍ ، كما كان يَلْبَسُ فى حَيَاتِه ثَلاثَةً ، ويَحْتَمِلُ أن يُكَفَّنَ فى ثَوْبٍ واحِدٍ يَسْتُرُهُ ، لأن ذلك يَكْفِيه ، فلا حَاجَةَ إلى الزِّيَادَةِ ، وفَارَقَ حَالَةَ الحَيَاةِ ؛ لأنَّه لابُدَّ له من تَغْطِيَةِ رَأْسِه ، وكَشْفُ ذلك يُؤْذِيه ، بخِلَافِ المَيِّتِ . ويَمْتَدُّ الإنْفَاقُ على المُفْلِسِ إلى حينِ فَرَاغِه من القِسْمَةِ بينَ الغُرَمَاءِ ؛ لأنَّه لا يَزُولُ مِلْكُه إلَّا بذلك . ومذهبُ الشَّافِعِىِّ فى هذا الفَصْلِ قَرِيبٌ ممَّا ذَكَرْنَا .

٨٠٦ ـ مسألة ؛ قال : (ولا تُبَاعُ دَارُه الَّتِى لَا غِنَى لَهُ[1] عَنْ سُكْنَاهَا)

وجُمْلَتَهُ أنَّ المُفْلِسَ إذا حُجِرَ عليه ، بَاعَ الحاكِمُ مَالَه ، ويُسْتَحَبُّ أن يَحْضُرَ

---

(٣) فى م : « أو » .

(١) سقط من : م .

الْمُفلِسُ الْبَيْعَ ، لِمَعَانٍ أَرْبَعَةٍ ؛ أحَدُها ، لِيُحْصِيَ ثَمَنَهُ ، ويَضْبِطَهُ . الثانى ، أنَّه أعْرَفُ بِثَمَنِ مَتَاعِه ، وجَيِّدِه ورَدِيئِه ، فإذا حَضَرَ تَكَلَّمَ عليه ، وعَرَفَ الغَبْنَ من غيرِه . الثالث ، أن تَكْثُرَ الرَّغْبَةُ فيه ، فإنَّ شِرَاءَه من صَاحِبِه أَحَبُّ إلى المُشْتَرِى . الرابع ، أنَّ ذلك أَطْيَبُ لِنَفسِه ، وأسْكَنُ لِقَلْبِه . ويُسْتَحَبُّ إحْضَارُ الغُرَمَاءِ أيضًا ، لأُمُورٍ أَرْبَعَةٍ ؛ أحَدُها ، أنَّه يُبَاعُ لهمْ . الثانى ، أنَّهم رُبَّما رَغِبُوا فى شِرَاءِ شىءٍ منه ، فزَادُوا فى ثَمَنِه ، فيكونُ أصْلَحَ لهم ولِلْمُفلِسِ . الثالث ، أنَّه أطْيَبُ لِقُلُوبِهم ، وأبْعَدُ من التُّهْمَةِ . الرَّابع ، أنَّه ربَّما كان فيهم من يَجِدُ عَيْنَ مَالِه ، فيَأْخُذُها . فإنْ لم يَفْعَلْ ، وبَاعَه من غير حُضُورِهِم كلِّهم ، جَازَ ؛ لأنَّ ذلك مَوْكُولٌ إليه ، ومُفَوَّضٌ إلى اجْتِهَادِه ، ورُبَّما أدَّاهُ اجْتِهَادُه إلى خِلَافِ ذلك ، وبَانَتْ له المَصْلَحَةُ فى المُبَادَرَةِ إلى البَيْعِ قبلَ إحْضَارِهم . ويَأْمُرُهم الحاكِمُ أن يُقِيمُوا مُنَادِيًا يُنَادِى لهم على المَتَاعِ ، فإن تَرَاضَوْا بِرَجُلٍ ثِقَةٍ ، أمْضَاهُ الحاكِمُ ، وإن اتَّفَقُوا على غيرِ ثِقَةٍ رَدَّهُ . فإن قِيلَ : فلِمَ يَرُدُّه وأصْحَابُ الحَقِّ قد اتَّفَقُوا عليه ، فأشْبَه ما لو اتَّفَقَ الرَّاهِنُ والمُرْتَهِنُ على أن يَبِيعَ الرَّهْنَ غيرُ ثِقَةٍ لم يَكُنْ لِلْحَاكِمِ الاعْتِرَاضُ ؟ قُلْنا : لأنَّ لِلْحَاكِمِ هٰهُنا نَظَرًا واجْتِهَادًا ؛ / فإنه قد يَظْهَر غَرِيمٌ آخَرُ ، فيَتَعَلَّقُ حَقُّه به ، فلهذا نَظَرَ فيه ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ ، فإنَّه لا نَظَرَ لِلْحَاكِمِ فيه . فإن اخْتَارَ المُفلِسُ رَجُلًا ، واخْتَارَ الغُرَمَاءُ آخَرَ ، أَقَرَّ الحاكِمُ الثِّقَةَ منهما ، فإن كانا ثِقَتَيْنِ ، قَدَّمَ المُتَطَوِّعَ منهما ؛ لأنَّه أَوْفَرُ ، فإن كانا مُتَطَوِّعَيْنِ ، ضَمَّ أحَدَهما إلى الآخَرِ ، وإن كانا بِجُعْلٍ ، قَدَّمَ أعْرَفَهما وأوْثَقَهما ، فإن تَسَاوَيا قَدَّمَ مَن يَرَى منهما . فإن وَجَدَ مُتَطَوِّعًا بالنِّدَاءِ ، وإلَّا دُفِعَتِ الأُجْرَةُ من مَالِ المُفْلِسِ ؛ لأنَّ البَيْعَ حَقٌّ عليه ، لِكَوْنِه طَرِيقَ وَفَاءِ دَيْنِه . وقيل : يُدْفَعُ من بَيْتِ المالِ ؛ لأنَّه من المَصَالِحِ ، وكذلك الحُكْمُ فى أجْرِ مَن يَحْفَظُ المَتَاعَ والثَّمَنَ ، وأجْرِ الحَمَّالِينَ ، ونحوِهم . ويُسْتَحَبُّ بَيْعُ كل شَىءٍ فى سُوقِه ؛ البَزُّ فى البَزَّازِينَ ، والكُتُبُ فى سُوقِها ، ونحوُ ذلك ؛ لأنَّه أحْوَطُ وأكْثَرُ لِطُلَّابِه ، ومَعْرِفَة قِيمَتِه . فإن بَاعَ فى غيرِ سُوقِه بِثَمَنِ مِثْلِه ، جَازَ ؛ لأنَّ الغَرَضَ تَحْصِيلُ الثَّمَنِ ، وربما أدَّى الاجْتِهَادُ إلى أنَّ ذلك أصْلَحُ ، ولذلك لو قال : بِعْ ثَوْبِى فى سُوقِ كذا بكذا . فبَاعَهُ بذلك

٧٨/٤ و

فى سُوقٍ آخَرَ ، جَازَ . ويَبِيعُ بنَقْدِ البَلَدِ ؛ لأنَّه أَوْفَرُ . فإن كان فى البَلَدِ نُقُودٌ بَاعَ بِغَالِبِها ، فإن تَساوَتْ بَاعَ بِجِنْسِ الدَّيْنِ . وإن زَادَ فى السِّلْعَةِ زَائِدٌ فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، أَلْزَمَ الأَمِينَ الفَسْخَ ؛ لأنَّه أَمْكَنَه بَيْعُه بِثَمَنٍ ، فلم يَجُزْ بَيْعُه بدُونِه ، كما لو زِيدَ فيه قبلَ العَقْدِ . وإن زَادَ بعدَ لُزُومِ العَقْدِ ، اسْتُحِبَّ للأَمِينِ سُؤَالُ المُشْتَرِى الإِقَالَةَ ، واسْتُحِبَّ لِلْمُشْتَرِى الإِجَابَةُ إلى ذلك ؛ لِتَعْلِيقِه بمَصْلَحَةِ المُفْلِسِ ، وقَضَاءِ دَيْنِه ، فيَبْدَأُ بِبَيْعِ العَبْدِ الجَانِى ، فيَدْفَعُ إلى المَجْنِىِّ عليه أَقَلَّ الأَمْرَيْنِ مِن ثَمَنِه أو أَرْشِ جِنَايَتِه ، وما فَضَلَ منه رَدَّهُ إلى الغُرَمَاءِ ، ثم يَبِيعُ الرَّهْنَ ، فيَدْفَعُ إلى المُرْتَهِنِ قَدْرَ دَيْنِه ، وما فَضَلَ من ثَمَنِه رَدَّهُ إلى الغُرَمَاءِ ، وإن بَقِيَتْ من دَيْنِه بَقِيَّةٌ ، ضَرَبَ بها مع الغُرَمَاءِ ، ثم يَبِيعُ ما يُسْرِعُ إليه الفَسَادُ من الطَّعَامِ الرَّطْبِ ؛ لأنَّ بَقَاءَهُ يُتْلِفُه بِيَقِينٍ ، ثم يَبِيعُ الحَيوانَ ، لأنَّه مُعَرَّضٌ لِلتَّلَفِ ، ويَحْتَاجُ إلى مُؤْنَةٍ فى بَقَائِه ، ثم يَبِيعُ السِّلَعَ والأَثَاثَ ، لأنَّه يُخَافُ عليه ، وتَنَالُه الأَيْدِى ، ثم العَقَارَ آخِرًا ؛ لأنَّه لا يُخَافُ تَلَفُه ، وبَقَاؤُه أَشْهَرُ له وأَكْثَرُ لِطُلَّابِه . ومتى بَاعَ شَيْئًا من مَالِه ، وكان الدَّيْنُ لوَاحِدٍ وَحْدَهُ ، دَفَعَهُ إليه ؛ لأنَّه لا حَاجَةَ إلى تَأْخِيرِه . وإن كان له غُرَمَاءُ ، فأَمْكَنَ قِسْمَتُه عليهم ، قَسَمَ و لم يُؤَخِّرْ ، وإن لم يُمْكِنْ قِسْمَتُه ، أُودِعَ عند ثِقَةٍ ، إلى أن يَجْتَمِعَ ، ويُمْكِنَ قِسْمَتُه فيُقْسَمُ . وإن احْتَاجَ فى حِفْظِه إلى غَرَامَةٍ ، دَفَعَ ذلك إلى مَن يَحْفَظُه . إذا ثَبَتَ هذا عُدْنَا إلى مَسْأَلَةِ الكِتَابِ ، / فنقولُ : لا تُبَاعُ دَارُه التى لا غِنًى له عن سُكْنَاهَا . وبهذا قال أبو حنيفةَ وإسحاقُ . وقال شُرَيْحٌ ، ومَالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ : تُبَاعُ ، ويُكْتَرى له بَدَلُها . واخْتَارَهُ ابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال فى الذى أُصِيبَ فى ثِمَارٍ ابْتَاعَها ، فكَثُرَ دَيْنُه ، فقال لِغُرَمَائِه : « خُذُوا ما وَجَدْتُمْ »[2] . وهذا مما وَجَدُوهُ ، ولأنَّه عَيْنُ

٧٨/٤ ظ

(٢) أخرجه مسلم ، فى : باب استحباب الوضع من الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩١/٣ . وأبو داود ، فى : باب وضع الجائحة ، من كتاب البيوع ٢٤٨/٢ . والنسائى ، فى : باب وضع الجوائح ، و : باب الرجل يبتاع البيع فيفلس ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٣/٧ ، ٢٧٥ . وابن ماجه ، فى : باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٩/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٦/٣ .

مالِ المُفْلِسِ ، فوَجَبَ صَرْفُه فى دَيْنِه ، كسَائِرِ مَالِه . ولَنا ، أنَّ هذا ممَّا لا غِنًى لِلْمُفْلِسِ عنه ، فلم يُصْرَفْ فى دَيْنِه ، كثِيَابِه وقُوتِه ، والحَدِيثُ قَضِيَّةٌ فى عَيْنٍ ، ويَحْتَمِلُ أنَّه لم يكن له عَقَارٌ ، ولا خَادِمٌ ، ويَحْتَمِلُ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ » ممَّا تُصُدِّقَ به عليه ، فإنَّ المَذْكُورَ قبلَ ذلك ، كذلك رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ » . فتَصَدَّقُوا عليه ، فلم يَبْلُغْ ذلك وَفَاءَ دَيْنِه ، فقال النَّبِىُّ ﷺ : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ » . أى ممَّا تُصُدِّقَ به عليه ، والظَّاهِرُ أنَّه لم يُتَصَدَّقْ عليه بِدَارٍ وهو مُحْتَاجٌ إلى سُكْنَاهَا ، ولا خَادِمٍ وهو مُحْتَاجٌ إلى خِدْمَتِه ، ولأنَّ الحَدِيثَ مَخْصُوصٌ بِثِيَابِ المُفْلِسِ وقُوتِه ، فنَقِيسُ عليه مَحَلَّ النِّزَاعِ ، وقِيَاسُهم مُنْتَقِضٌ بذلك أيضا ، وبأُجْرِ المَسْكَنِ ، وسَائِرِ مَالِه يَسْتَغْنِى عنه ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وإن كان له دَارَانِ يَسْتَغْنِى بِسُكْنَى إحْدَاهما ، بِيعَتِ الأُخْرَى ؛ لأنَّ به غِنًى عن سُكْنَاها . وإن كان مَسْكَنُه وَاسِعًا ، لا يَسْكُنُ مِثْلُه فى مِثْلِه ، بِيعَ ، واشْتُرِىَ له مَسْكَنُ مِثْلِه ، ورُدَّ الفَضْلُ على الغُرَمَاءِ ، كالثِّيَابِ التى له إذا كانت رَفِيعَةً لا يَلْبَسُ مثلُه مثلَها . ولو كان المَسْكَنُ والخَادِمُ اللَّذَيْنِ لا يَسْتَغْنِى عنهما عَيْنَ مَالِ بعضِ الغُرَمَاءِ ، أو كان جَمِيعُ مَالِه أعْيَانَ أمْوَالِ أفْلَسَ بأثْمَانِها ، ووَجَدَها أصْحَابُها ، فلهم أخْذُها ، بالشَّرَائِطِ التى ذَكَرْنَاهَا ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ أدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أفْلَسَ ، فَهُوَ أحَقُّ بِهِ »(٣) . ولأنَّ حَقَّهُ تَعَلَّقَ بالعَيْنِ ، فكان أقْوَى سَبَبًا من المُفْلِسِ ، ولأنَّ الإعْسارَ بالثَّمَنِ سَبَبٌ يَسْتَحِقُّ به الفَسْخَ ، فلم يَمْنَعْهُ(٤) منه تَعَلُّقُ حَاجَةِ المُشْتَرِى ، كما قبلَ القَبْضِ ، وكالعَيْبِ والخِيَارِ . ولأنَّ مَنْعَهم من أخْذِ أعْيَانِ أمْوالِهم يَفْتَحُ بَابَ الحِيَلِ ، بأن يَجِىءَ مَن لا مَالَ له ، فيَشْتَرِىَ فى ذِمَّتِه ثِيَابًا يَلْبَسُها ، ودَارًا يَسْكُنُها ، / وخَادِمًا يَخْدِمُه ، وفَرَسًا يَرْكَبُها ، وطَعَامًا له ولِعَائِلَتِه ، ويَمْتَنِعَ على أرْبَابِهَا أخْذُها ؛ لِتَعَلُّقِ حَاجَتِه بها ، فتَضِيعَ أمْوالُهم ويَسْتَغْنِىَ هو بها . فعلى هذا

٧٩/٤ و

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٣٩ .

(٤) فى ا : « يمنع » .

يُؤْخَذُ ذلك . ولا يُتْرَكُ له شيءٌ منه ؛ لأنَّه أعْيانُ أمْوَالِ الناسِ ، فكانوا أَحَقَّ بها منه ، كما لو كانت فى أيْدِيهِم ، أو أَخَذَها منهم غَصْبًا .

فصل : ولو كان المُفْلِسُ ذا صَنْعَةٍ ، يَكْسِبُ ما يَمُونُه ويَمُونُ مَن تَلْزَمُه مُؤْنَتُه ، أو كان يَقْدِرُ على أن يَكْسِبَ ذلك بأن يُؤْجِرَ نَفْسَه ، أو يَتَوَكَّلَ لإنْسَانٍ ، أو يَكْتَسِبَ من المُبَاحَاتِ ما يَكْفِيه ، لم يُتْرَكْ له من مَالِه شيءٌ . وإن لم يَقْدِرْ على شيءٍ ممَّا ذَكَرْنَاهُ ، تُرِكَ له من مَالِه قَدْرُ ما يَكْفِيهِ . قال الإمامُ أحمدُ ، رحمه اللهُ تعالى ، فى رِوَايَةِ أبى دَاوُدَ : ويُتْرَكُ له قُوتٌ يَتَقَوَّتُ به ، وإن كان له عِيَالٌ تُرِكَ له قِوَامٌ . وقال ، فى رِوَايَةِ المَيْمُونِىِّ : يُتْرَكُ له قَدْرُ ما يَقُومُ به مَعَاشُه ، ويُبَاعُ الباقِى . وهذا فى حَقِّ الشَّيْخِ الكَبِيرِ ، وذَوِى الهَيْئَاتِ الذين لا يُمْكِنُهم التَّصَرُّفُ بأَبْدَانِهم . ويَنْبَغِى أن يُجْعَلَ ذلك ممَّا لا يَتَعَلَّقُ به حَقُّ بعضِهم بِعَيْنِه ؛ لأنَّ مَن تَعَلَّقَ حَقُّه بالعَيْنِ أقْوَى سَبَبًا من غيرِه .

فصل : وإذا تَلِفَ شيءٌ من مَالِ المُفْلِسِ تحتَ يَدِ الأَمِينِ ، أو بِيعَ شيءٌ من مَالِه وأُودِعَ ثَمَنُهُ فتَلِفَ عند المُودَعِ ، فهو من ضَمَانِ المُفْلِسِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال مالِكٌ : العُرُوضُ من مَالِه ، والدَّرَاهِمُ والدَّنَانِيرُ من مالِ الغُرَمَاءِ . وقال المُغِيرَةُ : الدَّنَانِيرُ من مَالِ أصْحابِ الدَّنَانِيرِ ، والدَّرَاهِمُ من مَالِ أصْحابِ الدَّرَاهِمِ . ولَنا ، أنَّه من مالِ المُفْلِسِ ، ونَمَاؤُه له ، فكان تَلَفُه فى مَالِه ، كالعُرُوضِ .

فصل : وإذا اجْتَمَعَ مالُ المُفْلِسِ ، قُسِمَ بَيْن غُرَمَائِه ، فإن كانت دُيُونُهم من جِنْسِ الأثْمانِ ، أخَذُوهَا ، وإن كان فيهم مَنْ دَيْنُه من غيرِ جِنْسِ الأثْمانِ ، كالقَرْضِ بغير الأثْمَانِ ، فرَضِىَ أن يَأْخُذَ عِوَضَ حَقِّه من الأثْمَانِ ، جَازَ ، وإن امْتَنَعَ ، وطَلَبَ جِنْسَ حَقِّه ، اُبْتِيعَ له بِحِصَّتِه من جِنْسِ دَيْنِه . ولو أرَادَ الغَرِيمُ الأَخْذَ من المالِ المَجْمُوعِ ، وقال المُفْلِسُ : لا أُوَفِّيكَ إلَّا من جِنْسِ دَيْنِكَ . قُدِّمَ قولُه ؛ لأنَّ هذا على سَبِيلِ المُعَاوَضَةِ ، فلا يجوزُ إلَّا بتَرَاضِيهما عليه . وإن كان فيهم مَنْ له دَيْنٌ من سَلَمٍ ، لم يَجُزْ أن يَأْخُذَ إلَّا من جِنْسِ حَقِّه ، وإن تَرَاضَيا على دَفْعِ عِوَضِه ؛ لأنَّ ما فى الذِّمَّةِ من السَّلَمِ لا يجوزُ أخْذُ / البَدَلِ عنه ، لقوله ﷺ : « مَنْ أسْلَمَ فى شَىْءٍ ، فَلَا يَصْرِفْهُ

٧٩/٤ ظ

إِلَى غَيْرِهِ »[٥] .

فصل : وإذا فُرِّقَ مالُ المُفْلِسِ ، وبَقِيَتْ عليه بَقِيَّةٌ ، وله صَنْعَةٌ ، فهل يُجْبِرُه الحاكِمُ على إيجَارِ نَفْسِه ، لِيَقْضِيَ دَيْنَه ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحْدَاهما ، لا يُجْبِرُه ، وهو قولُ مالِكٍ ، والشَّافِعِيِّ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾[٦] . ولما رَوَى أبو سَعِيدٍ ، أن رَجُلًا أُصِيبَ فى ثِمَارٍ ابْتَاعَها ، وكَثُرَ دَيْنُه ، فقال النَّبِيُّ ﷺ : « تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ » . فتَصَدَّقُوا عليه ، فلم يَبْلُغْ وَفَاءَ دَيْنِه ، فقال النَّبِيُّ ﷺ : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، ولَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذٰلِكَ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ[٧] . ولأنَّ هذا تَكَسُّبٌ لِلْمَالِ ، فلم يُجْبَرْهُ عليه ، كقَبُولِ الهِبَةِ والصَّدَقَةِ ، وكما لا تُجْبَرُ المَرْأَةُ على التَّزْوِيجِ لِتَأْخُذَ المَهْرَ . والثانية ، يُجْبَرُ على الكَسْبِ . وهو قولُ عمرَ بن عبد العزيزِ ، وسَوَّارٍ العَنْبَرِيِّ ، وإسحاقَ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَاعَ سُرَّقًا فى دَيْنِه ، وكان سُرَّقٌ رَجُلًا دَخَلَ المَدِينَةَ ، وذَكَرَ أن وَرَاءَهُ مَالًا ، فَدَايَنَهُ النَّاسُ ، فرَكِبَتْهُ دُيُونٌ ، ولم يكُنْ وَرَاءَهُ مَالٌ ، فسَمَّاهُ سُرَّقًا ، وبَاعَهُ بِخَمْسَةِ أَبْعِرَةٍ[٨] . والحُرُّ لا يُبَاعُ ، ثَبَتَ أنَّه بَاعَ مَنَافِعَه . ولأنَّ المَنَافِعَ تَجْرِى مَجْرَى الأَعْيَانِ ، فى صِحَّةِ العَقْدِ عليها وتَحْرِيمِ أَخْذِ الزَّكَاةِ ، وثُبُوتِ الغِنَى بها ، فكذلك فى وَفَاءِ الدَّيْنِ منها . ولأنَّ الإِجَارَةَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فجَازَ إجْبَارُه عليها ، كبَيْعِ مَالِه [٩] فى وَفَاءِ الدَّيْنِ منها[٩] . ولأنَّها إجارَةٌ لما يَمْلِكُ إجَارَتَه ، فيُجْبَرُ عليها فى وَفَاءِ دَيْنِه ، كإجَارَةِ أُمِّ وَلَدِه . ولأنه قَادِرٌ على وَفَاءِ دَيْنِه ، فَلَزِمَهُ . كمَالِكِ مالٍ[١٠] يَقْدِرُ على الوَفَاءِ منه . فإن قِيل : حَدِيثُ سُرَّقٍ

---

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة٤١٧ .

(٦) سورة البقرة ٢٨٠ .

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٧٨ .

(٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى بيع الحر المفلس فى دينه ، من كتاب التفليس . السنن الكبرى ٦/ ٥٠ . والحاكم ، فى : باب حكاية بيع سرق وعتقه ... ، من كتاب البيوع . المستدرك ٢/ ٥٤ .

(٩ - ٩) سقط من : ا ، م .

(١٠) فى ا ، م: « ما » .

مَنسُوخٌ ، بِدَلِيلِ أن الحُرَّ لا يُبَاعُ ، والبَيْعُ وَقَعَ على رَقَبَتِه ، بِدَلِيلِ أن فى الحَدِيثِ أنَّ الغُرَمَاءَ قالوا لِمُشْتَرِيه : ما تَصْنَعُ به ؟ قال أُعْتِقُه . قالوا : لَسْنَا بأَزْهَدَ منك فى إعْتَاقِه . فأَعْتَقُوهُ . قُلْنا : هذا إثْبَاتُ النَّسْخِ بالاحْتِمَالِ ، ولا يجوزُ ، ولم يَثْبُتْ أن بَيْعَ الحُرِّ كان جَائِزًا فى شَرِيعَتِنَا ، وحَمْلُ لَفْظِ بَيْعِه على بَيْعِ مَنَافِعِه أسْهَلُ من حَمْلِه على بَيْعِ رَقَبَتِه المُحَرَّمِ ، فإنَّ حَذْفَ المُضَافِ وإقَامَةَ المُضَافِ إليه مُقَامَهُ سَائِغٌ كَثِيرٌ فى القُرْآن ، وفى كَلَامِ العَرَبِ ، كقَوْلِه تعالى : ﴿ وَأُشْرِبُوا فِى قُلُوبِهِمُ الْعِجْلَ ﴾[11] . ﴿ وَلَـٰكِنَّ ٱلْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللهِ ﴾[12] . ﴿ وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ ﴾[13] . وغيرِ ذلك . وكذلك قولُه : « أُعْتِقُهُ » . أى من حَقِّى عليه . وكذلك قال : « فأَعْتَقُوهُ » يَعْنِى الغُرَمَاءَ ، وهم لا يَمْلِكُونَ / إلا الدَّيْنَ الذى عليه . وأمَّا قولُه تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ . فيَتَوَجَّه مَنْعُ كَوْنِه دَاخِلًا تَحْتَ عُمُومِها ؛ فإنَّ هذا فى حُكْمِ الأَغْنِيَاءِ ، فى حِرْمَانِ الزَّكَاةِ ، وسُقُوطِ نَفَقَتِه عن قَرِيبِه ، ووُجُوبِ نَفَقَةِ قَرِيبِه عليه ، وحَدِيثُهم قَضِيَّةُ عَيْنٍ ، لا يَثْبُتُ حُكْمُها إلَّا فى مِثْلِها ، ولم يَثْبُتْ أنَّ لذلك الغَرِيمِ كَسْبًا يَفْضُلُ عن قَدْرِ نَفَقَتِه . وأمَّا قَبُولُ الهِبَةِ والصَّدَقَةِ ، ففيه مِنَّةٌ ومَعَرَّةٌ[14] تَأْبَاهَا قُلُوبُ ذَوِى المُرُوءَاتِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . إذا ثَبَتَ هذا ، فلا يُجْبَرُ على الكَسْبِ إلَّا مَن فى كَسْبِه فَضْلَةٌ عن نَفَقَتِه ، ونَفَقَةِ من يَمُونُه ، على ما تَقَدَّمَ ذِكْرُه .

٨٠/٤ و

فصل : ولا يُجْبَرُ على قَبُولِ هَدِيَّةٍ ، ولا صَدَقَةٍ ، ولا وَصِيَّةٍ ولا قَرْضٍ ، ولا تُجْبَرُ المَرْأَةُ على التَّزَوُّجِ ، لِيَأْخُذَ مَهْرَهَا ، لأن فى ذلك ضَرَرًا لِلُحُوقِ المِنَّةِ فى الهَدِيَّةِ والصَّدَقَةِ والوَصِيَّةِ ، والعِوَضِ فى القَرْضِ ، ومِلْكِ الزَّوْجِ لِلْمَرْأَةِ فى النِّكَاحِ ،

---

(١١) سورة البقرة ٩٣ .

(١٢) سورة البقرة ١٧٧ .

(١٣) سورة يوسف ٨٢ .

(١٤) فى الأصل : « ومضرة » .

ووُجُوبِ حُقُوقِهِ عليها . ولو بَاعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ ، ثم أَفْلَسَ ، فالخِيَارُ بحَالِه ، ولا يُجْبَرُ على ما فيه الحَظُّ من الرَّدِّ والإمْضَاءِ ؛ لأنَّ الفَلَسَ يَمْنَعُه من إحْدَاثِ عَقْدٍ ، أمَّا مِن إمْضَائِه وتَنْفِيذِ عُقُودِهِ فلا . وإن جُنِيَ على المُفْلِسِ جِنَايَةٌ تُوجِبُ المالَ ، ثَبَتَ المالُ ، وتَعَلَّقَتْ حُقُوقُ الغُرَمَاءِ به ، ولا يَصِحُّ منه العَفْوُ عنه . وإن كانت مُوجِبَةً لِلْقِصَاصِ ، فهو مُخَيَّرٌ بين القِصَاصِ والعَفْوِ ، ولا يُجْبَرُ على العَفْوِ على مَالٍ ؛ لأنَّ ذلك يُفَوِّتُ القِصَاصَ الذى يَجِبُ لِمَصْلَحَتِه ، فإن اقْتَصَّ ، لم يَجِبْ لِلْغُرَمَاءِ شىءٌ . وإن عَفَا على مَالٍ ، ثَبَتَ ، وتَعَلَّقَتْ حُقُوقُ الغُرَمَاءِ به . وإن عَفَا مُطْلَقًا ، انْبَنَى على الرِّوَايَتَيْنِ ، فى مُوجِبِ العَمْدِ ، إن قُلْنا : القِصَاصُ خَاصَّةً . لم يَثْبُتْ شىءٌ ، وسَقَطَ القِصَاصُ . وإن قُلْنا : أحَدُ أمْرَيْنِ . ثَبَتَتْ له الدِّيَةُ ، وتَعَلَّقَتْ بها حُقُوقُ الغُرَمَاءِ . وإن عَفَا على غيرِ مَالٍ ، فعلى الرِّوَايَتَيْنِ أيضا . فإن قُلْنا : القِصَاصُ عَيْنًا . لم يَثْبُتْ شىءٌ . وإن قُلْنا : أحَدُ الأمْرَيْنِ . تَثْبُتُ الدِّيَةُ ، ولم يَصِحَّ إسْقَاطُه ، لأنَّ عَفْوَهُ عن القِصَاصِ يُثْبِتُ له الدِّيَةَ ، ولا يَصِحُّ إسْقَاطُهَا . وإن وَهَبَ هِبَةً بِشَرْطِ الثَّوَابِ ، ثم أفْلَسَ ، فَبُذِلَ له الثَّوَابُ ، لَزِمَهُ قَبُولُه ، ولم يكُنْ له إسْقَاطُه ؛ لأنَّه أخَذَهُ على سَبِيلِ العِوَضِ عن المَوْهُوبِ ، فلَزِمهُ قَبُولُه ، كالثَّمَنِ فى البَيْعِ . وليس له إسْقَاطُ شىءٍ من ثَمَنِ مَبِيعٍ ، أو أُجْرَةٍ فى إجَارَةٍ ، ولا قَبْضُه رَدِيئًا ، ولا قَبْضُ المُسْلَمِ فيه دُونَ صِفَاتِه ، إلَّا بإذْنِ غُرَمَائِه . ومذهبُ الشَّافِعِىِّ فى هذا الفَصْلِ كله كمذهبِنا .

/ **فصل** : إذا فُرِّقَ مَالُ المُفْلِسِ ، فهل يَنْفَكُّ عنه الحَجْرُ بذلك ، أو يَحْتَاجُ إلى فَكِّ الحَجْرِ عنه ؟ فيه وَجْهَانِ ؛ أحَدُهما ، يَزُولُ بِقِسْمَةِ مَالِه ؛ لأنَّه حُجِرَ عليه لأجْلِه ، فإذا زَالَ مِلْكُه عنه ، زَالَ سَبَبُ الحَجْرِ ، فزَالَ الحَجْرُ ، كزَوَالِ حَجْرِ المَجْنُونِ ، لِزَوَالِ جُنُونِه . والثانى ، لا يَزُولُ إلَّا بِحُكْمِ الحاكِمِ ؛ لأنَّه ثَبَتَ بحُكْمِه ، فلا يَزُولُ إلَّا بحُكْمِه ، كالمَحْجُورِ عليه لِسَفَهٍ . وفَارَقَ الجُنُونَ ، فإنَّه يَثْبُتُ بنَفْسِه ، فزَالَ بِزَوَالِه . ولأنَّ فَرَاغَ مَالِه يَحْتَاجُ إلى مَعْرِفَةٍ وبَحْثٍ ، فَوَقَفَ ذلك على الحاكِمِ ، بِخِلَافِ المَجْنُونِ[15] . ٤/٨٠ ظ

(١٥) فى م : « الجنون » .

فصل : ومتى ثَبَتَ إعْسَارُه عندَ الحاكِمِ ، لم يكُنْ لأَحَدٍ مُطَالَبَتُه ومُلَازَمَتُه . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وقال أبو حنيفة : لِغُرَمَائِه مُلَازَمَتُه من غيرِ أن يَمْنَعُوهُ من الكَسْبِ ، فإذا رَجَعَ إلى بَيْتِه ، فأَذِنَ لهم فى الدُّخولِ ، دَخَلُوا معه ، وإلَّا مَنَعُوهُ من الدُّخولِ ، لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « لِصَاحِبِ الْحَقِّ الْيَدُ وَاللِّسَانُ »(١٦) . ولَنا ، أنَّ مَن ليس لِصَاحِبِ الحَقِّ مُطَالَبَتهُ ، لم يكُنْ له مُلَازَمَتُه ، كما لو كان دَيْنُه مُؤَجَّلًا ، وقولُ الله تعالى : ﴿ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾(١٧) . ومن وَجَبَ إنْظَارُه ، حَرُمَتْ مَلَازَمَتُه ، كمن دَيْنُه مُؤَجَّلٌ . والحَدِيثُ فيه مَقَالٌ . قالَه ابنُ المُنْذِرِ . ثم نَحْمِلُه على المُوسِرِ ، بِدَلِيلِ ما ذَكَرْنَا ، فقد ثَبَتَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال لِغُرَمَاءِ الذى أُصِيبَ فى ثِمَارٍ ابْتَاعَها ، فكَثُرَ دَيْنُه : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، وَلَيْسَ لَكُمْ إلَّا ذَلِكَ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، والتِّرمِذِىُّ(١٨) . وإن فُكَّ الحَجْرُ عنه لم يكُنْ لأَحَدٍ مُطَالَبَتُهُ ، ولا مُلَازَمَتُهُ ، حتى يَمْلِكَ مَالًا ، فإن جاءَ الغُرَمَاءُ عَقِيبَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ، فادَّعَوا أنَّ له مَالًا ، لم يُلْتَفَتْ إلى قَوْلِهم ، حتى يُثْبِتُوا سَبَبَهُ (١٩ ، فإن جاءُوا بعد مُدَّةٍ ، فَادَّعَوا أنَّ فى يَدِه مَالًا ، أو ادَّعَوا ذلك عَقِيبَ فَكِّ الحَجْرِ ، وبَيَّنُوا سَبَبَهُ١٩) ، أحْضَرَهُ الحاكِمُ وسَأَلَهُ ، فإن أنْكَرَ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّه ما فُكَّ الحَجْرُ عنه حتى لم يَبْقَ له شىءٌ ، وإن أقَرَّ ، وقال : هو لِفُلَانٍ ، وأنا وَكِيلُه أو مُضَارِبُه . وكان المُقَرُّ له حَاضِرًا ، سَأَلَهُ الحاكِمُ ، فإن صَدَّقَهُ فهو له ، ويَسْتَحْلِفُه الحاكِمُ ، لِجَوَازِ أن يكونَا تَوَاطَآ على ذلك ، لِيَدْفَعَ المُطَالَبَةَ عن المُفْلِسِ . وإن قال : ما هو لى . عَرَفْنَا كَذِبَ المُفْلِسِ ، فيَصِيرُ كأنَّه قال : المالُ لى . فيُعَادُ الحَجْرُ عليه إن طَلَبَ الغُرَمَاءُ ذلك . وإن أقَرَّ لِغَائِبٍ ، أُقِرَّ فى يَدَيْهِ حتى يَحْضُرَ الغائِبُ ، ثم يُسْأَلُ ، كما حَكَمْنَا فى الحَاضِرِ .

---

(١٦) أخرجه الدارقطنى فى : كتاب الأقضية . سنن الدارقطنى ٤/٢٣٢ . وانظر : نصب الراية ٤/١٦٦ .

(١٧) سورة البقرة ٢٨٠ .

(١٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٧٨. ولم نجده عند الترمذى .

(١٩ - ١٩) سقط من : ا . نقلة نظر .

ومتى أُعِيدَ الحَجْرُ عليه لِدُيُونٍ / تَجَدَّدَتْ عليه ، شَارَكَ غُرَمَاءُ الحَجْرِ الأَوَّلِ غُرَمَاءَ الحَجْرِ الثَّانِي ، إِلَّا أَنَّ الأَوَّلِينَ يَضْرِبُونَ بِبَقِيَّةِ دُيُونِهِم ، والآخِرِينَ يَضْرِبُونَ بِجَمِيعِهَا . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال مالِكٌ : لا يَدْخُلُ غُرَمَاءُ الحَجْرِ الأَوَّلِ على هَؤُلَاءِ الذين تَجَدَّدَتْ حُقُوقُهُم ، حتى يَسْتَوْفُوا ، إِلَّا أن تكونَ له فَائِدَةٌ من مِيرَاثٍ ، أو يُجْنَى عليه جِنَايَةٌ ، فيَتَحَاصُّ الغُرَمَاءُ فيه . ولَنا ، أنَّهم تَسَاوَوْا فى ثُبوتِ حُقُوقِهِم فى ذِمَّتِه ، فتَسَاوَوْا فى الاسْتِحْقَاقِ ، كالذين تَثْبُتُ حُقُوقُهم فى حَجْرٍ واحِدٍ ، وكتَسَاوِيهِم فى المِيرَاثِ وأَرْشِ الجِنَايَةِ ، ولأنَّ مَكْسَبَهُ مالٌ له ، فتَسَاوَوْا فيه ، كالمِيرَاثِ .

٤/٨١ و

٨٠٧ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ حَقٌّ ، فَذَكَرَ أَنَّه مُعْسِرٌ بِهِ ، حُبِسَ إِلَى أَنْ يَأْتِىَ بِبَيِّنَةٍ تَشْهَدُ بِعُسْرَتِهِ)

وجملتُه أنَّ مَن وَجَبَ عليه دَيْنٌ حَالٌّ ، فطُولِبَ به ، ولم يُؤَدِّه ، نَظَرَ الحاكِمُ ؛ فإن كان فى يَدِه مَالٌ ظَاهِرٌ أَمَرَهُ بالقَضَاءِ ، فإن ذَكَرَ أنَّه لِغَيْرِه ، فقد ذَكَرْنَا حُكْمَهُ فى الفَصْلِ الذى قبلَ هذا ، وإن لم يَجِدْ له مَالًا ظَاهِرًا ، فَادَّعَى الإِعْسَارَ ، فصَدَّقَهُ غَرِيمُه ، لم يُحْبَسْ ، ووجَبَ إِنْظَارُه ، ولم تَجُزْ مُلَازَمَتُه ، لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾[1] . ولقولِ النَّبِىِّ ﷺ لِغُرَمَاءِ الذى كَثُرَ دَيْنُه : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذٰلِكَ »[2] . ولأنَّ الحَبْسَ إما أن يكونَ لإِثْبَاتِ عُسْرَتِه أو لِقَضَاءِ دَيْنِه ، وعُسْرَتُه ثَابِتَةٌ ، والقَضَاءُ مُتَعَذِّرٌ ، فلا فَائِدَةَ فى الحَبْسِ . وإن كَذَّبَهُ غَرِيمُه فلا يَخْلُو ، إمَّا أن يكونَ عُرِفَ له مالٌ أو لم يُعْرَفْ ، فإن عُرِفَ له مَالٌ لكَوْنِ الدَّيْنِ ثَبَتَ عن مُعَاوَضَةٍ ، كالقَرْضِ والبَيْعِ ، أو عُرِفَ له أَصْلُ مَالٍ سِوَى هذا ، فالقولُ قولُ غَرِيمِه مع يَمِينِه . فإذا حَلَفَ أنَّه ذو مَالٍ ، حُبِسَ حتى

---

(١) سورة البقرة ٢٨٠ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٧٨ .

تَشْهَدَ البَيِّنَةُ بإعْسَارِه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أكْثَرُ مَن نَحْفَظُ عنه من عُلَمَاءِ الأمْصَارِ وقُضَاتِهم ، يَرَوْنَ الحَبْسَ فى الدَّيْنِ ، منهم : مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، والنُّعْمَانُ ، وسَوَّارٌ ، وعُبَيْدُ الله بن الحسنِ . ورُوِىَ عن شُرَيْحٍ ، والشَّعْبِىِّ . وكان عمرُ بن عبد العزيز يقول : يُقْسَمُ مَالُه بين الغُرَمَاءِ ، ولا يُحْبَسُ . وبه قال عبدُ اللهِ ابن جعفرٍ ، واللَّيْثُ بن سَعْدٍ . ولَنا أنَّ الظَّاهِرَ قولُ الغَرِيمِ ، فكان القولُ قولَه ، كسَائِرِ الدَّعَاوَى . فإن شَهِدَتِ البَيِّنَةُ بتَلَفِ مَالِه ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهم ، سواءٌ كانت من أهْلِ الخِبْرَةِ البَاطِنَةِ أو لم تكُنْ ؛ لأنَّ التَّلَفَ يَطَّلِعُ عليه أهْلُ / الخِبْرَةِ وغيرُهم . ٨١/٤ ظ وإن طَلَبَ الغَرِيمُ إحْلَافَه على ذلك ، لم يُجَبْ إليه ؛ لأنَّ ذلك تَكْذِيبٌ لِلْبَيِّنَةِ ، وإن شَهِدَتْ مع ذلك بالإعْسَارِ اكْتُفِىَ بِشهَادَتِها ، وثَبَتَتْ عُسْرَتُه ، وإن لم تَشْهَدْ بعُسْرَتِه ، وإنَّما شَهِدَتْ بالتَّلَفِ لا غيرُ ، وطَلَبَ الغَرِيمُ يَمِينَه على عُسْرِهِ ، وأنَّه ليس له مالٌ آخَرُ ، اسْتُحْلِفَ على ذلك ؛ لأنَّه غيرُ ما شَهِدَتْ به البَيِّنَةُ . وإن لم تَشْهَدْ بالتَّلَفِ ، وإنَّما شَهِدَتْ بالإعْسَارِ ، لم تُقْبَلِ الشهَادَةُ إلَّا من ذى خِبْرَةٍ باطِنَةٍ ، ومَعْرِفَةٍ مُتَقَادِمَةٍ ، لأنَّ هذا من الأمُورِ البَاطِنَةِ ، لا يَطَّلِعُ عليه فى الغَالِبِ إلَّا أهْلُ الخِبْرَةِ والمُخَالَطَةِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ، وحُكِىَ عن مالِكٍ أنَّه قال : لا تُسْمَعُ البَيِّنَةُ على الإعْسَارِ ؛ لأنَّها شَهَادَةٌ على النَّفْىِ ، فلم تُسْمَعْ ، كالشَّهَادَةِ على أنَّه لا دَيْنَ عليه . ولَنا ، ما رَوَى قَبِيصَةُ بنُ المُخَارِقِ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال له : « يَا قَبِيصَةُ ، إنَّ المَسْألَةَ لا تَحِلُّ إلَّا لأحَدِ ثَلاثَةٍ : رَجُلٌ تَحمَّلَ حَمَالَةً ، فَحلَّتِ المَسْألَةُ حَتَّى يُصِيبَها ، ثم يُمْسِكَ ، ورَجُلٌ أصَابَتْه جَائِحَةٌ ، فاجْتَاحَتْ مَالَه ، فَحَلَّتْ له المَسْألَةُ ، حتى يُصِيبَ قِوَامًا من عَيْشٍ » أو قال : « سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ ، وَرَجُلٌ أصَابَتْهُ فَاقَةٌ ، حَتَّى يَقُولَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِى الْحِجَا مِنْ قَوْمِه : لَقَدْ أصَابَتْ فُلَانًا فَاقَةٌ . فَحَلَّتْ له المَسْألَةُ حَتَّى يُصِيبَ قِوَامًا مِنْ عَيْشٍ » أو قال : « سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ وأبو دَاوُدَ[3] .

---

(٣) تقدم تخريجه فى : ١١٩/٤ .

وقولُهم : إن الشَّهادَةَ على النَّفْيِ لا تُقْبَلُ . قُلْنا : لا تُرَدُّ مُطْلَقًا ، فإنه لو شَهِدَتِ البَيِّنَةُ أنَّ هذا وَارِثُ المَيِّتِ ، لا وَارِثَ له سِوَاهُ ، قُبِلَتْ ، ولأنَّ هذه وإن كانت تَتَضَمَّنُ النَّفْىَ ، فهى تُثْبِتُ حَالَةً تَظْهَرُ ، ويُوقَفُ عليها بالمُشاهَدَةِ ، بخِلَافِ ما إذا شَهِدَتْ أنَّه لا حَقَّ له ، فإنَّ هذا ممَّا لا يُوقَفُ عليه ، ولا يُشْهَدُ به حالٌ يُتَوصَّلُ بها إلى مَعْرِفَتِه به ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنا . وتُسْمَعُ البَيِّنَةُ فى الحالِ ، وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا تُسْمَعُ فى الحالِ ، ويُحْبَسُ شَهْرًا ، ورُوِىَ ثَلاثَةَ أشْهُرٍ ، ورُوِى أرْبَعَةَ أشْهُرٍ ، حتى يَغْلِبَ على ظَنِّ الحاكِمِ أنَّه لو كان له مالٌ لأَظْهَرَهُ . ولَنا ، أنَّ كلَّ بَيِّنَةٍ جَازَ سَمَاعُها بعدَ مُدَّةٍ ، جَازَ سَمَاعُها فى الحالِ ، كسَائِرِ البَيِّنَاتِ ، وما ذَكَرُوهُ لو كان صَحِيحًا لأَغْنَى عن البَيِّنَةِ . فإن قال الغَرِيمُ : أَحْلِفُوهُ لى . مع يَمِينِه أنَّه لا مَالَ له ، لم يُسْتَحْلَفْ فى ظَاهِرِ كَلَامِ أحمدَ ؛ لأنَّه قال ، فى رِوَايَةِ إسحاقَ بن إبراهيمَ ، فى رَجُلٍ جَاءَ بِشُهُودٍ على حَقٍّ ، فقال الغَرِيمُ اسْتَحْلِفُوهُ : لا يُسْتَحْلَفُ ؛ لأن ظَاهِرَ الحَدِيثِ : « البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي ، والْيَمِينُ عَلَى مَنْ أنْكَرَ »[4] . قال القاضِى / : سواء شَهِدَتِ البَيِّنَةُ بِتَلَفِ المالِ أو بالإِعْسَارِ وهذا أحَدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنها بَيِّنَةٌ مَقْبُولَةٌ ، فلم يُسْتَحْلَفْ معها ، كما لو شَهِدَتْ بأن هذا عَبْدُه ، أو هذه دَارُه . ويَحْتَمِلُ أن يُسْتَحْلَفَ . وهذا القولُ الثانى لِلشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أنَّ له مَالًا خَفِىَ على البَيِّنَةِ . ويَصِحُّ عندى إلْزَامُه اليَمِينَ على الإِعْسَارِ ، فيما إذا شَهِدَتِ البَيِّنَةُ بِتَلَفِ المالِ ، وسُقُوطُها عنه فيما إذا شَهِدَتْ بالإِعْسَارِ ؛ لأنَّها إذا شَهِدَتْ بالتَّلَفِ ، صَارَ كمن لم يَثْبُتْ له أصْلُ مالٍ ، أو بِمَنْزِلَةِ مَن أقَرَّ له غَرِيمُه بِتَلَفِ ذلك المالِ ، وادَّعَى أنَّ له مَالًا سِوَاه ، أو أنَّه اسْتَحْدَثَ مَالًا بعدَ تَلَفِه . ولو لم تَقُمِ البَيِّنَةُ ، وأقَرَّ له غَرِيمُه

٨٢/٤ و

---

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه ... ، من كتاب الرهن . صحيح البخارى ١٨٧/٣ ، والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من أبواب الأحكام . وابن ماجه ، فى : باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٨/٢ . وانظر تخريج حديث : « ولكن اليمين على المدعى عليه » فى حاشية صفحة ٥٢٥ .

بِتَلَفِ مَالِه ، وَادَّعَى أنَّ له مَالًا سِوَاهُ ، لَزِمَتْهُ اليَمِينُ ، فكذلك إذا قَامَتْ به البَيِّنَةُ ، فإنَّها لا تَزِيدُ على الإقْرَارِ . وإن كان الحَقُّ يَثْبُتُ عليه فى غيرِ مُقَابَلَةِ مالٍ أخَذَهُ ، كأَرْشِ جِنَايَةٍ ، وقِيمَةِ مُتْلَفٍ ، ومَهْرٍ أو ضَمَانٍ أو كَفَالَةٍ ، أو عِوَضِ خُلْعٍ ، إن كان امْرَأَةً ، وإن لم يُعْرَفْ له مالٌ ، حَلَفَ أنَّه لا مَالَ له ، وخُلِّىَ سَبِيلُه ، ولم يُحْبَسْ . وهذا قولُ الشَّافِعِىِّ ، وابنِ المُنْذِرِ . فإن شَهِدَتِ البَيِّنَةُ بإعْسَارِه ، قُبِلَتْ ، ولم يُسْتَحْلَفْ معها ؛ لما تَقَدَّمَ . وإن شَهِدَتْ أنَّه كان له مَالٌ ، فتَلِفَ ، لم يُسْتَغْنَ بذلك عن يَمِينِه ؛ لما ذَكَرْنَاهُ . وكذلك لو أقَرَّ له به غَرِيمُه ، وإنَّما اكْتَفَيْنا بيَمِينِه ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ المالِ ، لما رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال لِحبَّةَ وسَوَاءٍ ابْنَىْ خَالِدٍ[5] بن سَوَاءٍ : « لا تَيْئَسا مِنَ الرِّزْقِ مَا اهْتَزَّتْ رُءُوسُكُما ، فإنَّ ابنَ آدَمَ يُخْلَقُ ولَيْسَ لَهُ إلَّا قِشْرَتَاهُ[6] ، ثُمَّ يَرْزُقُه اللهُ تَعَالَى »[7] . قال ابنُ المُنْذِرِ : الحَبْسُ عُقُوبَةٌ ، ولا نَعْلَمُ له ذَنْبًا يُعَاقَبُ به . والأصْلُ عَدَمُ مَالِه ، بخِلَافِ المَسْأَلَةِ الأُولَى ، فإنَّ الأصْلَ ثُبُوتُ مَالِه ، فيُحْبَسُ حتى يُعْلَمَ ذَهَابُهُ . والخِرَقِىُّ لم يُفَرِّقْ بين الحَالَيْنِ ، لكنه يُحْمَلُ كَلَامُهُ على ما ذَكَرْنَا ، لِقِيَامِ الدَّلِيلِ على الفَرْقِ .

فصل : إذا امْتَنَعَ المُوسِرُ من قَضَاءِ الدَّيْنِ ، فلِغَرِيمِه مُلَازَمَتُهُ ، ومُطَالَبَتُهُ ، والإغْلَاظُ له بالقولِ ، فيقول : يا ظَالِمُ ، يا مُعْتَدِى . ونحو ذلك ؛ لقولِ رسولِ الله ﷺ : « لَىُّ الوَاجِدِ ، يُحِلُّ عُقُوبَتَهُ وعِرْضَهُ »[8] . فعُقُوبَتُه حَبْسُه ، وعِرْضُه أى

---

(٥) فى النسخ : « خلد » . والمثبت فى سنن ابن ماجه ومسند الإمام أحمد . وانظر تهذيب التهذيب ٢/١٧٧ .

(٦) فى السنن : « وليس عليه قشر » . وفى المسند : « وليس عليه قشرة » .

(٧) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب التوكل واليقين . سنن ابن ماجه ٢/١٣٩٤ . والإمام أحمد ، فى المسند ٣/٤٦٩ .

(٨) أخرجه البخارى ، فى : باب لصاحب الحق مقال ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخارى ٣/١٥٥ . وأبو داود ، فى : باب فى الحبس بالدين وغيره ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢/٢٨٢ . والنسائى ، فى : باب مطل الغنى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٧٨ . وابن ماجه ، فى : باب الحبس فى الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/٨١١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٣٨٨ ، ٣٨٩ .

يُحِلُّ القولَ فى عِرْضِه بالإغْلَاظِ له[9] . وقال النَّبِىُّ ﷺ : « مَطْلُ الغَنِىِّ ظُلْمٌ »[10] . وقال : « إنَّ لِصَاحِبِ الحَقِّ مَقَالًا »[11] .

٨٠٨ ـ مسألة ؛ قال : / (وإذا مَاتَ ، فتَبَيَّنَ أنَّهُ كَانَ مُفْلِسًا ، لَمْ يَكُنْ لِأَحَدٍ مِنَ الغُرَمَاءِ أنْ يَأْخُذَ عَيْنَ مَالِهِ) ٤/٨٢ ظ

هذا الشَّرْطُ الخَامِسُ لِاسْتِحْقَاقِ اسْتِرْجَاعِ عَيْنِ المالِ من المُفْلِسِ ، وهو أن يكونَ حَيًّا ، فإن مَاتَ ، فالبَائِعُ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ ، سواءٌ عَلِمَ بفَلَسِه قبلَ المَوْتِ ، فحَجَرَ عليه ثم مَاتَ ، أو مَاتَ فتبَيَّنَ فَلَسُهُ . وبهذا قال مالِكٌ ، وإسحاقُ . وقال الشَّافِعِىُّ : له الفَسْخُ واسْتِرْجَاعُ العَيْنِ ؛ لما رَوَى ابن خَلْدَةَ الزُّرَقِىُّ ، قَاضِى المَدِينَة قال : أتَيْنَا أبا هُرَيْرَةَ فى صَاحِبٍ لَنا قد أفْلَسَ ، فقال أبو هُرَيْرَةَ : هذا الذى قَضَى فيه رسولُ اللهِ ﷺ : « أيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ ، أوْ أفْلَسَ ، فصَاحِبُ المَتَاعِ أحَقُّ بمَتَاعِه إذَا وَجَدَهُ بعَيْنِه » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ ، وابنُ مَاجَه[1] . واحْتَجُّوا بِعُمُومِ قولِه عليه السلام :

---

(٩) سقط من : م .

(١٠) أخرجه البخارى ، فى : باب فى الحوالة وهل يرجع فى الحوالة ، وباب إذا أحال على ملى فليس له رد ، من كتاب الحوالات ، وفى : باب مطل الغنى ظلم ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخارى ٣/١٢٣ ، ١٥٥ . ومسلم ، فى : باب تحريم مطل الغنى وصحة الحوالة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١١٩٧ . وأبو داود ، فى : باب فى المطل ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٢٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى مطل الغنى أنه ظلم ، من كتاب البيوع . عارضة الأحوذى ٦/٤٤ . والنسائى ، فى : باب مطل الغنى ، وباب الحوالة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٧٨ ، ٢٧٩ . وابن ماجه ، فى : باب الحوالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/٨٠٣ . والدارمى ، فى : باب فى مطل الغنى ظلم ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٦١ . والإمام مالك ، فى : باب جامع الدين والحول ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٧٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٧١ ، ٢٤٥ ، ٢٥٤ ، ٢٦٠ ، ٣١٥ ، ٣٧٧ ، ٣٨٠ ، ٤٦٣ – ٤٦٥ .

(١١) أخرجه البخارى ، فى : باب الوكالة فى قضاء الديون ، من كتاب الوكالة ، وفى : باب استقراض الإبل ، وباب لصاحب الحق مقال ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخارى ٣/١٣٠ ، ١٥٣ ، ١٥٥ . ومسلم ، فى : باب من استسلف شيئا فقضى خيرا منه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١٢٢٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٢٦٨ .

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ، من كتاب البيوع ٢/٢٥٧ . وابن ماجه ، فى : باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٠ .

« من أدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِه عِنْدَ رَجُلٍ ، أَوْ إنْسَانٍ ، قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »[٢] . ولأنَّ هذا العَقْدَ يَلْحَقُه الفَسْخُ بالإقَالَةِ ، فجَازَ فَسْخُه لِتَعَذُّرِ العِوَضِ ، كما لو تَعَذَّرَ المُسْلَمُ فيه ، ولأنَّ الفَلَسَ سَبَبٌ لاسْتِحْقَاقِ الفَسْخِ ، فجَازَ الفَسْخُ به بعدَ المَوْتِ كَالعَيْبِ . ولَنا ، ما رَوَى أبو بكرِ بن عبد الرحمنِ بن الحارثِ بن هِشَامٍ ، عن أبي هُرَيْرَةَ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، في حَدِيثِ المُفْلِسِ : « فإن مَاتَ فصَاحِبُ المَتَاعِ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ[٣] . ورَوَى أبو اليَمَانِ ، عن الزُّبَيدِيِّ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن أبي سَلَمَةَ ، عن أبي هُرَيْرَةَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « أيُّمَا امْرِئٍ مَاتَ ، وَعِنْدَهُ مالُ امْرِئٍ بِعَيْنِه ، اقْتَضَى مِنْ ثَمَنِه شَيْئًا ، أو لَمْ يَقْتَضِ ، فَهُوَ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ »[٤] . رَوَاهُ ابن مَاجَه[٥] . ولأنه تَعَلَّقَ به حَقُّ غير المُفْلِسِ والغُرَمَاءِ ، وهم الوَرَثَةُ ، فأشْبَه المَرْهُونَ . وحَدِيثُهُم مَجْهُولُ الإسْنَادِ ، قال ابنُ المُنْذِرِ : قال ابن عَبد البَرِّ : يَرْوِيه أبو المُعْتَمِرِ ، عن الزُّرَقِيِّ ، وأبو المُعْتَمِرِ غيرُ مَعْرُوفٍ بِحَمْلِ العِلْمِ . ثم هو غير مَعْمُولٍ به إجْمَاعًا ؛ فإنَّه جعَلَ المَتَاعَ لِصَاحِبِه بمُجَرَّدِ مَوْتِ المُشْتَرِى ، من غيرِ شَرْطِ فَلَسِه ، ولا تَعَذُّرِ وَفَائِه ، ولا عَدَمِ قَبْضِ ثَمَنِه ، والأَمْرُ بِخِلَافِ ذلك عندَ جَمِيعِ العُلَمَاءِ ، إلَّا ما حُكِيَ عن الإصْطَخْرِيِّ[٦] من أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، أنَّه قال : لِصَاحِبِ السِّلْعَةِ أن يَرْجِعَ فيها إذا مَاتَ المُشْتَرِى ، وإن خَلَّفَ وَفَاءً . وهذا شُذُوذٌ عن أَقْوَالِ أهْلِ العِلْمِ ، وخِلَافٌ لِلسُّنَّةِ لا يُعَرَّجُ على مِثْلِه . وأمَّا الحَدِيثُ الآخَرُ ، فنقُولُ به ، وأنَّ صَاحِبَ المَتَاعِ أحَقُّ به إذا وَجَدَهُ عندَ المُفْلِسِ ، وما وَجَدَهُ في مَسأَلَتِنا / عندَه ، إنَّما وَجَدَهُ عند وَرَثَتِه ، فلا يَتَنَاوَلُه الخَبَرُ ، وإنَّما يَدُلُّ بمَفْهُومِه

٨٣/٤ و

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٥٣٩ .

(٣) في الباب السابق والموضع السابق .

(٤) في سنن ابن ماجه : « للغرماء » .

(٥) في الباب السابق . سنن ابن ماجه ٣/٧٩١ .

(٦) أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد الإصطخري ، أحد الرفعاء من أصحاب الوجوه في مذهب الشافعي ، توفي ببغداد ، سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٣/٢٣٠ – ٢٥٣ .

على أنَّه لا يَسْتَحِقُّ الرُّجُوعَ فيه ، ثم هو مُطْلَقٌ وحَدِيثُنا يُقَيِّدُه ، وفيه زِيَادَةٌ ، والزِّيَادَةُ من الثِّقَةِ مَقْبُولَةٌ. وتُفَارِقُ حَالَةُ الحَيَاةِ حَالَ المَوْتِ لأَمْرَيْنِ ؛ أَحَدِهما ، أنَّ المِلْكَ فى الحَيَاةِ لِلْمُفْلِسِ ، وهٰهُنا لغيرِه . والثانى ، أنَّ ذِمَّةَ المُفْلِسِ خَرِبَتْ هٰهُنا خَرَابًا لا يَعُودُ ، فاخْتِصَاصُ هذا بالعَيْنِ يَسْتَضِرُّ به الغُرَمَاءُ كَثِيرًا ، بِخِلَافِ حَالَةِ الحَيَاةِ .

٨٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَرَادَ سَفَرًا وَعَلَيْهِ حَقٌّ يُسْتَحَقُّ قَبْلَ مُدَّةِ سَفَرِهِ ، فَلِصَاحِبِ الحَقِّ مَنْعُهُ)

وجُمْلَةُ ذلك أنَّ مَن عليه دَيْنٌ إذا أَرَادَ السَّفَرَ ، وأَرَادَ غَرِيمُه مَنْعَهُ ، نَظَرْنا ؛ فإن كان مَحَلُّ الدَّيْنِ قبلَ مَحَلِّ قُدُومِه من السَّفَرِ ، مثل أن يكونَ سَفَرُه إلى الحَجِّ لا يَقْدَمُ إلَّا فى صَفَر ، ودَيْنُه يَحِلُّ فى المُحَرَّمِ أو ذِى الحِجَّةِ ، فله مَنْعُه من السَّفَرِ ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى تَأْخِيرِ حَقِّه عن مَحَلِّهِ . فإن أقامَ ضَمِينًا مَلِيئًا ، أو دَفَعَ رَهْنًا يَفِى بالدَّيْنِ عندَ المَحَلِّ ، فله السَّفَرُ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ يَزُولُ بذلك . وأمَّا إن كان الدَّيْنُ[١] لا يَحِلُّ إلَّا بعدَ مَحَلِّ السَّفَرِ ، مثل أن يكونَ مَحَلُّه فى رَبِيعٍ ، وقُدُومُه فى صَفَر ، نَظَرْنا ؛ فإن كان سَفَرُه إلى الجِهَادِ ، فله مَنْعُه إلَّا بِضَمِينٍ أو رَهْنٍ ؛ لأنه سَفَرٌ يَتَعَرَّضُ فيه للشَّهَادَةِ ، وذَهَابِ النَّفْسِ ، فلا يَأْمَنُ فَوَاتَ الحَقِّ . وإن كان السَّفَرُ لغيرِ الجِهَادِ فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه ليس له مَنْعُه ، وهو إحدى الرِّوَايَتَيْنِ عن أحمدَ ؛ لأنَّ هذا السَّفَرَ ليس بأَمَارَةٍ على مَنْعِ الحَقِّ فى مَحَلِّه ، فلم يَمْلِكْ مَنْعَه منه ، كالسَّفَرِ القَصِيرِ ، وكالسَّعْىِ إلى الجُمُعَةِ . وقال الشَّافِعِىُّ : ليس له مَنْعُه من السَّفَرِ ، ولا المُطَالَبَةُ بِكَفِيلٍ إذا كان الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا بحالٍ ، سواءٌ كان الدَّيْنُ يَحِلُّ قبلَ مَحَلِّ سَفَرِه [٢]أو بعدَه[٢] ، أو[٣] إلى الجِهَادِ أو إلى[٤] غيرِه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ المُطَالَبَةَ بالدَّيْنِ ، فلم يَمْلِكْ مَنْعَهُ

---

(١) سقط من : م .
(٢ - ٢) سقط من : الأصل ، ا .
(٣) فى الأصل ، ا : « أولا » .
(٤) فى الأصل : « وإلى » .

من السَّفَرِ ، ولا المُطَالَبَةَ بِكَفِيلٍ ، كالسَّفَر الآمِنِ القَصِيرِ . ولَنا ، أنَّه سَفَرٌ يَمْنَعُ اسْتِيفَاءَ الدَّيْنِ فى مَحلِّه ، فمَلَكَ مَنْعَه منه ، إن لم يُوَثِّقْهُ بِكَفِيلٍ ، أو رَهْنٍ ، كالسَّفرِ بعد حُلُولِ الحَقِّ ، ولأنَّه لا يَمْلِكُ تَأْخِيرَ الدَّيْنِ عن مَحَلِّه ، وفى السَّفَرِ المُخْتَلَفِ فيه تَأْخِيرُهُ عن مَحَلِّه ، فلم يَمْلِكْه ، كجَحْدِه .

كتابُ الحَجْرِ

الحَجْرُ ؛ فى اللُّغَةِ : المَنْعُ والتَّضْيِيقُ . ومنه سُمِّىَ الحَرَامُ حِجْرًا ، قال تعالى : ﴿ وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا ﴾(1) . أى حَرَامًا مُحَرَّمًا ، ويُسَمَّى / العَقْلُ حِجْرًا ، قال اللهُ تعالى : ﴿ هَلْ فِى ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِى حِجْرٍ ﴾(2) . أى عَقْلٍ ، سُمِّىَ حِجْرًا ؛ لأنَّه يَمْنَعُ صاحِبَه من ارْتِكابِ ما يَقْبُحُ ، وتَضُرُّ عَاقِبَتُه ، وهو فى الشَّرِيعَةِ : مَنْعُ الإِنسانِ من التَّصَرُّفِ فى مالِه . والحَجْرُ على ضَرْبَيْنِ ، حَجْرٌ على الإِنْسَانِ لِحَقِّ لِنَفْسِه ، وحَجْرٌ عليه لِحَقِّ غيرِه ، (3فالحَجْرُ عليه لِحَقِّ غيرِه3) ، كالحَجْرِ على المُفْلِسِ ، لِحَقِّ غُرَمَائِه ، وعلى المَرِيضِ فى التَّبَرُّعِ بزِيَادَةٍ على الثُّلُثِ ، أو التَّبَرُّعِ بِشَىْءٍ لِوَارِثٍ لِحَقِّ وَرَثَتِه ، وعلى المُكَاتَبِ والعَبْدِ لِحَقِّ سَيِّدِهما ، والرَّاهِنِ يُحْجَرُ عليه فى الرَّهْنِ لِحَقِّ المُرْتَهِنِ ، ولِهَؤُلَاءِ أَبْوَابٌ يُذْكَرُونَ فيها . وأمَّا المَحْجُورُ عليه لِحَقِّ نَفْسِه ، فثَلَاثَةٌ ؛ الصَّبِىُّ ، والمَجْنُونُ ، والسَّفِيهُ ، وهذا البابُ مُخْتَصٌّ بهؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ . والحَجْرُ عليهم (4حَجْرٌ عامٌّ ؛ لأنَّهم4) يُمْنَعُونَ التَّصَرُّفَ فى أَمْوَالِهم وذِمَمِهم . والأَصْلُ فى الحَجْرِ عليهم قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَاءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا ﴾(5) . والآيَةُ التى بعدَها . قال سَعِيدُ بنُ جُبَيْرٍ ، وعِكْرِمَةُ : هو مالُ اليَتِيمِ عِنْدَكَ ، لا تُؤْتِه إيَّاهُ ، وأَنفِقْ عليه . وإنَّما أضافَ الأَمْوَالَ إلى الأَوْلِيَاءِ وهى لِغَيْرِهم ؛ لأنَّهم قُوَّامُها ومُدَبِّرُوها ، وقولُه تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟

٨٣/٤ ظ

---

(1) سورة الفرقان ٢٢ .

(2) سورة الفجر ٥ .

(3 – 3) سقط من : الأصل .

(4 – 4) فى م : « لأنهم حجر عام » .

(5) سورة النساء ٥ .

ٱلْيَتَامَى ﴾ . يعنى ، اخْتَبِرُوهُم فى حِفْظِهِم لأموالِهِم . ﴿ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا ٱلنِّكَاحَ ﴾ . أى مَبْلَغَ الرِّجالِ والنِّسَاءِ . ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾ . أى أَبْصَرْتُمْ وعَلِمْتُمْ منهم حِفظًا لأَمْوَالِهِمْ ، وصَلاحًا[٦] فى تَدْبِيرِ مَعَايِشِهِم .

٨١٠ ـ مسألة ؛ قال أبو القَاسِمِ ، رَحِمَهُ اللهُ : (**وَمَنْ أُونِسَ مِنهُ رُشْدٌ ، دُفِعَ إِلَيْهِ مَالُهُ ، إِذَا كَانَ قَدْ بَلَغَ**)

الكَلامُ فى هذه المَسْأَلَةِ فى فُصُولٍ ثَلاثةٍ :

أحدُها ، فى وُجُوبِ دَفْعِ المالِ إلى المَحْجُورِ عليه إذا رَشَدَ وبَلَغَ ، وليس فيه اخْتِلَافٌ بِحَمْدِ اللهِ تعالى . قال ابنُ المُنْذِرِ : اتَّفَقُوا على ذلك . وقد أَمَرَ اللهُ تعالى به فى نَصِّ كِتَابِه ، بقَوْلِه سُبْحَانَهُ : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾[١] . ولأَنَّ الحَجْرَ عليه إنَّما كان لِعَجْزِه عن التَّصَرُّفِ فى مَالِه على وَجْهِ المَصْلَحَةِ ، حِفْظًا لِمَالِه عليه ، وبِهذَيْنِ المَعْنَيَيْنِ يَقْدِرُ على التَّصَرُّفِ ، ويُحْفَظُ مَالُه ، فيَزُولُ الحَجْرُ ، لِزَوَالِ سَبَبِهِ . ولا يُعْتَبَرُ فى زَوَالِ الحَجْرِ عن المَجْنُونِ إذا عَقَلَ حُكْمُ حَاكِمٍ ، بغَيْرِ خِلَافٍ ، ولا يُعْتَبَرُ ذلك فى الصَّبِىِّ إذا رَشَدَ وبَلَغَ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال مالِكٌ : لا يَزُولُ إلَّا بِحَاكِمٍ . وهو قولُ بعضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِىِّ ؛ / لأنَّه مَوْضِعُ اجْتِهَادٍ ونَظَرٍ ، فإنَّه يَحْتَاجُ فى مَعْرِفَةِ البُلُوغِ والرُّشْدِ إلى اجْتِهَادٍ ، فيُوقَفُ ذلك على حُكْمِ الحاكِمِ ، كزَوَالِ الحَجْرِ عن السَّفِيه . ولَنا ، أنَّ اللهَ تعالى أمَرَ بِدَفْعِ أَمْوَالِهِمْ إليهم عِنْدَ البُلُوغِ وإِينَاسِ الرُّشْدِ ، فَاشْتِرَاطُ حُكْمِ الحَاكِمِ زِيَادَةٌ تَمْنَعُ الدَّفْعَ عند وُجُوبِ ذلك بدُونِ حُكْمِ الحَاكِمِ ، وهذا خِلَافُ النَّصِّ ، ولأنَّه حَجْرٌ بغير حُكْمِ حَاكِمٍ ، فيَزُولُ بغير حُكْمِه ، كالحَجْرِ على

٨٤/٤ و

---

(٦) فى ا ، ب ، م : « وصلاحهم » .

(١) سورة النساء ٦ .

المَجْنُونِ ، وبهذا فَارَقَ السَّفِيهَ . وقد ذَكَرَ أبو الخَطَّابِ أنَّ الحَجْرَ على السَّفِيهِ يَزُولُ بزَوَالِ السَّفَهِ . والأوَّلُ أوْلَى . فصَارَ الحَجْرُ مُنْقَسِمًا إلى ثَلاثَةِ أقْسامٍ ، قِسْمٌ يَزُولُ بغيرِ حُكْمِ[٢] حَاكِمٍ ، وهو حَجْرُ المَجْنُونِ ، وقِسْمٌ لا يَزُولُ إلَّا بِحَاكِمٍ ، وهو حَجْرُ السَّفِيهِ ، وقِسْمٌ فيه الخِلَافُ ، وهو حَجْرُ الصَّبِيِّ .

الفصل الثانى ، أنَّه لا يُدْفَعُ إليه مَالُه قَبْلَ وُجُودِ الأمْرَيْنِ ، البُلُوغِ والرُّشْدِ ولو صَارَ شَيْخًا . وهذا قولُ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أكْثَرُ عُلَمَاءِ الأمْصارِ من أهْلِ الحِجَازِ ، والعِرَاقِ ، والشَّامِ ، ومِصْرَ ، يَرَوْنَ الحَجْرَ على كل مُضَيِّعٍ لِمَالِه ، صَغِيرًا كان أو كَبِيرًا . وهذا قولُ القَاسِمِ بن مُحَمَّدِ بن أبى بَكْرٍ الصِّدِّيق . وبه قال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . ورَوَى الجُوزَجَانِىُّ ، فى « كِتَابِه » ، قال : كان القاسمُ بنُ محمدٍ يَلِى أمْرَ شَيْخٍ من قُرَيْشٍ ذِى أهْلٍ ومَالٍ ، فلا يَجُوزُ له أمْرٌ فى مَالِه دُونَه ؛ لِضَعْفِ عَقْلِه . قال ابنُ إسحاقَ : رَأَيْتُه شَيْخًا يَخْضِبُ ، وقد جاءَ إلى القاسمِ بن محمدٍ ، فقال : يا أبا محمدٍ ، ادْفَعْ إلَىَّ مَالِى ، فإنَّه لا يُوَلَّى على مِثْلِى . فقال : إنَّكَ فَاسِدٌ . فقال : امْرَأتُه طَالِقٌ البَتَّةَ ، وكُلُّ مَمْلُوكٍ له[٣] حُرٌّ ، إنْ لم تَدْفَعْ إلَىَّ مَالِى . فقال له القاسمُ بنُ محمدٍ : وما يَحِلُّ لنا أن نَدْفَعَ إليك مَالَكَ على حَالِكَ هذه . فبَعَثَ إلى امْرَأتِه ، وقال : هى حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ ، وما كنتُ لأحْبِسَها عليك وقد فُهْتَ بِطَلَاقِهَا . فأرْسَلَ إليها فأخْبَرَها ذلك ، وقال : أمَّا رَقِيقُكَ فلا عِتْقَ لك ، ولا كَرَامَةَ . فحَبَسَ رَقِيقَه . قال ابنُ إسحاقَ : ما كان يُعَابُ على الرَّجُلِ إلَّا سَفَهُه . وقال أبو حنيفةَ : لا يُدْفَعُ مَالُه إليه قَبْلَ خَمْسٍ وعِشْرِينَ سَنَةً ، وإن تَصَرَّفَ نَفَذَ تَصَرُّفُه ، فإذا بَلَغَ خَمْسًا وعِشْرِينَ سَنَةً ، فُكَّ عنه الحَجْرُ . ودُفِعَ إليه مَالُهُ ؛ لِقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ

---

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى الأصل : « لى » .

٨٤/٤ ظ أَشُدَّهُ ﴾(٤) . وهذا قد بَلَغَ أَشُدَّهُ ، ويَصْلُحُ أن / يكونَ جَدًّا ، ولأنَّه حُرٌّ بَالِغٌ عَاقِلٌ مُكَلَّفٌ ، فلا يُحْجَرُ عليه ، كالرَّشِيدِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ . عَلَّقَ الدَّفْعَ على شَرْطَيْنِ ، والحُكْمُ المُعَلَّقُ على شَرْطَيْنِ لا يَثْبُتُ بدونِهما ، وقال اللهُ تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ ﴾(٥) . يعنى أَمْوَالَهُمْ ، وقولُ اللهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ الحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾(٦) . فأَثْبَتَ الوِلَايَةَ على السَّفِيهِ ، ولأنَّه مُبَذِّرٌ لِمَالِه ، فلا يجوزُ دَفْعُه إليه ، كمَنْ له دُونَ ذلك . وأمَّا الآيَةُ التى احْتَجَّ بها ، فإنَّما تَدُلُّ بدَلِيلِ خِطابِها ، وهو لا يقولُ به ، ثم هى مُخَصَّصَةٌ فيما قَبْلَ خَمْسٍ وعِشْرِينَ سَنَةً بالإجْمَاعِ ، لِعِلَّةِ السَّفَهِ ، وهو مَوْجُودٌ بعد خَمْسٍ وعِشْرِينَ ، فيَجِبُ أن تُخَصَّ به أيضًا ، كما أنَّها لمَّا خُصِّصَتْ فى حَقِّ المَجْنُونِ لأَجْلِ جُنُونِه قبلَ خَمْسٍ وعِشْرِينَ ، خُصَّتْ أيضًا بعد خَمْسٍ وعِشْرِينَ ، وما ذَكَرْنَاهُ من المَنْطُوقِ أَوْلَى ممَّا اسْتَدَلَّ به من المَفْهُومِ المُخَصَّصِ ، ومَا ذَكَرُوهُ من كَوْنِه جَدًّا لَيْسَ تَحْتَه مَعْنًى يَقْتَضِى الحُكْمَ ، ولا له أَصْلٌ يشْهَدُ له فى الشَّرْعِ ، فهو إِثْبَاتٌ لِلْحُكْمِ بالتَّحَكُّمِ . ثم هو مُتَصَوَّرٌ فى مَن له دُونَ هذه السِّنِّ ، فإنَّ المَرْأَةَ تكونُ جَدَّةً لإحْدَى وعِشْرِينَ سَنَةً ، وقِيَاسُهُم مُنْتَقِضٌ بمن له دونَ خَمْسٍ وعِشْرِينَ سَنَةً ، وما أَوْجَبَ الحَجْرَ قَبْلَ خَمْسٍ وعِشْرِينَ يُوجِبُه بَعْدَها . إذا ثَبَتَ هذا فإنَّه لا يَصِحُّ تَصَرُّفُه ، ولا إقْرارُه . وقال أبو حنيفةَ : يَصِحُّ بَيْعُه وإقْرَارُه . وإنَّما لا يُسَلَّمُ إليه مَالُه ؛ لأنَّ البَالِغَ عِنْدَه لا يُحْجَرُ عليه ، وإنَّما مُنِعَ تَسْلِيمُ مَالِه إليه لِلآيَةِ . وقال أصْحَابُنَا فى إقْرارِه : يَلْزَمُه بعد فَكِّ الحَجْرِ عنه ، إذا كان بَالِغًا . ولَنا ، أنه لا يُدْفَعُ إليه مَالُه لِعَدَمِ رُشْدِه ، فلا يَصِحُّ تَصَرُّفُه وإقْرارُهُ ،

---

(٤) سورة الأنعام ١٥٢ .

(٥) سورة النساء ٥ .

(٦) سورة البقرة ٢٨٢ .

كالصَّبِىِّ ، والمَجْنُونِ ، ولأنَّه إذا نَفَذَ تَصرُّفه وإقْرارُه تَلِفَ مَالُه ، و لم يُفِدْ مَنْعُه من مَالِه شَيْئًا ، ولأنَّ تَصرُّفَهُ لو كان نَافِذًا ، لَسُلِّمَ إليه مَالُه ، كالرَّشِيدِ ، فإنه إنما يُمْنَعُ مَالَه حِفظًا له ، فإذا لم يُحْفَظْ[7] بالمَنْعِ ، وَجَبَ تَسْلِيمُه إليه بِحُكْمِ الأَصْلِ .

٨٥/٤ و **الفصلُ الثالثُ** ، فى البُلُوغِ ، ويَحْصُلُ فى حَقِّ الغُلَامِ والجَارِيَةِ / بأَحَدِ ثَلاثَةِ أشْياء ، وفى حَقِّ الجَارِيَةِ بِشَيْئَيْنِ يَخْتَصَّانِ بها ، أمَّا الثَّلاثَةُ المُشْتَرَكَةُ بين الذَّكَرِ والأُنْثَى ، فأَوَّلُها خُرُوجُ المَنِىِّ من قُبُلِه ، وهو الماءُ الدَّافِقُ الذى يُخْلَقُ منه الوَلَدُ ، فَكَيْفَما خَرَجَ فى يَقَظَةٍ أو مَنَامٍ ، بِجماعٍ ، أو احْتِلَامٍ ، أو غيرِ ذلك ، حَصَلَ به البُلُوغُ . لا نَعْلَمُ فى ذلك اخْتِلافًا ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَالُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا ﴾[8] . وقوله : ﴿ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا۟ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ﴾[9] . وقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « رُفِعَ القَلَمُ عن ثَلاثٍ ؛ عَنِ الصَّبِىِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ » . وقَوْلِه عليه السَّلامُ لِمُعاذٍ : « خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ دِينَارًا » . رَواهما أبو دَاوُدَ[10] . وقال ابنُ المُنْذِرِ : وأَجْمَعُوا على أنَّ الفَرَائِضَ والأَحْكامَ تَجِبُ على المُحْتَلِمِ العاقِلِ ، وعلى المَرْأةِ بِظُهُورِ الحَيْضِ منها . وأمَّا الإِنْبَاتُ فهو أن يَنْبُتَ الشَّعْرُ الخَشِنُ حَوْلَ ذَكَرِ الرَّجُلِ ، أو فَرْجِ المَرْأةِ ، الَّذى اسْتَحَقَّ أَخْذَه بالمُوسَى ، وأمَّا الزَّغَبُ الضَّعِيفُ ، فلا اعْتِبَارَ به ، فإنَّه يَثْبُتُ فى حَقِّ الصَّغِيرِ . وبهذا قال مَالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ فى قولٍ ، وقال فى الآخرِ : هو بُلُوغٌ فى حَقِّ المُشْرِكِينَ ، وهل هو بُلُوغٌ فى حَقِّ المُسْلِمِينَ ؟ فيه قَوْلَانِ . وقال أبو حنيفةَ : لا اعْتِبَارَ به ؛ لأنَّه نَبَاتُ شَعْرٍ ، فأشْبَه نَبَاتَ شَعْرِ سَائِرِ البَدَنِ . ولَنا ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ لما حَكَّمَ سَعْدَ بنَ مُعَاذٍ فى بَنِى قُرَيْظَةَ ، حَكَمَ بأنْ يُقْتَلَ مُقَاتِلَتُهُمْ ، وتُسْبَى ذَرَارِيهِمْ ، وأَمَرَ أن يُكْشَفَ عن مُؤْتَزَرِهِمْ ، فمن أَنْبَتَ ، فهو من المُقَاتِلَةِ ،

---

(٧) فى ا ، ب ، م : « يحتفظ » .

(٨) سورة النور ٥٩ .

(٩) سورة النور ٥٨ .

(١٠) تقدم تخريج الأول فى : ٥٠/٢ ، والثانى فى : ٣٠/٤ .

ومن لم يُنْبِتْ ، أُلْحِقُوهُ بالذُّرِّيَةِ . وقال عَطِيَّةُ القُرَظِيُّ : عُرِضْتُ على رَسُولِ اللهِ ﷺ يَوْمَ قُرَيْظَةَ ، فَشَكُّوا فِيَّ ، فأمَرَ النَّبِيُّ ﷺ أن يُنْظَرَ إِلَيَّ ، هل أُنْبِتُّ بَعْدُ ، فنَظَرُوا إِلَيَّ ، فلم يَجِدُونِى أُنْبِتُّ بَعْدُ ، فأَلْحَقُونِى بالذُّرِّيَةِ . مُتَعَلَّقٌ[11] على مَعْناه[12] . وكَتَبَ عمرُ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، إلى عَامِلِه ، أنْ لا تَأْخُذَ الجِزْيَةَ إلا من مَن جَرَتْ عليه المَوَاسِي . ورَوَى محمدُ بن يَحْيَى بن حَبَّانَ[13] ، أنَّ غُلامًا من الأنْصارِ شَبَّبَ بامْرَأةٍ فى شِعْرِه ، فَرُفِعَ إلى عمرَ ، فلم يَجِدْهُ أَنْبَتَ ، فقال : لو أَنْبَتَّ الشَّعْرَ لحَدَدْتُكَ . ولأنَّه خَارِجٌ يُلَازِمُه البُلُوغُ غَالِبًا ، ويَسْتَوِى فيه الذَّكَرُ والأُنْثَى ، فكان عَلَمًا على البُلُوغِ ، كالاحْتِلامِ ، ولأنَّ الخَارِجَ ضَرْبانِ ، مُتَّصِلٌ ، ومُنْفَصِلٌ ، فلمَّا كان مِن المُنْفَصِلِ ما يَثْبُتُ به البُلُوغُ ، كان كذلك المُتَّصِلُ . وما كان بُلُوغًا فى حَقِّ / المُشْرِكِينَ ، كان بُلُوغًا فى حَقِّ المُسْلِمِينَ ، كالاحْتِلامِ ، والسِّنِّ . وأمَّا السِّنُّ ، فإنَّ البُلُوغَ به فى الغلامِ والجَارِيَةِ بِخَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً . وبهذا قال الأوْزَاعِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال دَاوُدُ : لا حَدَّ لِلْبُلُوغِ من السِّنِّ ، لِقَوْلِه عليه السَّلامُ : « رُفِعَ القَلَمُ عن[14] ثلاثٍ ، عَنِ[14] الصَّبِيِّ حتى يَحْتَلِمَ » . وإثْباتُ البُلُوغِ بِغَيْرِه يُخَالِفُ الخَبَرَ . وهذا قولُ مَالِكٍ ، وقال أصْحابُه : سَبْعَ عَشرَةَ ، أو ثَمَانِي عَشرَةَ . ورُوِىَ عن أبى حنيفةَ فى الغُلامِ رِوايَتانِ . إحْداهما ، سَبْعَ عَشرَةَ ، والثانية ، ثَمَانِ عَشرَةَ . والجَارِيَةُ سَبْعَ عَشرَةَ بِكُلِّ حالٍ ؛ لأنَّ الحَدَّ لا يَثْبُتُ إلَّا بِتَوْقِيفٍ ، أو اتِّفَاقٍ ، ولا تَوْقِيفَ فى[15] ما دُونَ[15] هذا ، ولا اتِّفَاقَ . ولَنا ، أن ابنَ

٨٥/٤ ظ

---

(١١) فى الأصل : « متفق » .

(١٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الغلام يصيب الحد ، من كتاب الحدود ٤٥٣/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى النزول على الحكم من أبواب السير . عارضة الأحوذى ٨٢/٧ . وابن ماجه فى : باب من لا يجب عليه الحد ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٨٤٩/٢ . والدارمى ، فى : باب حد الصبى متى يقتل ، من كتاب السير . سنن الدارمى ٢٢٣/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣١٠/٤ ، ٣٨٣ ، ٣١١/٥ ، ٣١٢ .

(١٣) أبو عبد الله محمد بن يحيى بن حبان الأنصارى الفقيه ، كان يفتى ، ثقة كثير الحديث ، توفى سنة إحدى وعشرين ومائة . تهذيب التهذيب ٥٠٧/٩ ، ٥٠٨ .

(١٤ – ١٤) سقط من : الأصل .

(١٥ – ١٥) سقط من : ا ، ب ، م .

عمرَ ، قال : عُرِضْتُ على رسولِ الله ﷺ وأنا ابنُ أَرْبَعَ عَشرَةَ سَنَةً ، فلم يُجْزِنِى فى القِتَالِ ، وعُرِضْتُ عليه وأنا ابنُ خَمْسَ عَشرَةَ ، فأَجَازَنِى . مُتَّفَقٌ عليه[١٦] . وفى لَفْظٍ : عُرِضْتُ عليه يَوْمَ أُحُدٍ وأنا ابنُ أرْبَعَ عشرَةَ فَرَدَّنِى ، ولم يَرَنِى بَلَغْتُ ، وعُرِضْتُ عليه عَامَ الخَنْدَقِ وأنا ابنُ خَمْسَ عَشرَةَ ، فأَجَازَنِى . فأُخْبِرَ بهذا عمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، فكَتَبَ إلى عُمَّالِه : أن لا تَفْرِضُوا إلَّا لِمَن بَلَغَ خَمْسَ عَشرَةَ . رَوَاهُ الشَّافِعِىُّ[١٧] فى « مُسْنَدِه » ، ورَوَاهُ التِّرمِذِىُّ[١٨] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . ورُوِىَ عن أنسٍ ، أنّ النَّبِىَّ ﷺ ، قال : « إذا اسْتَكْمَلَ المَوْلُودُ خَمْسَ عَشرَةَ سَنَةً كُتِبَ مَالَهُ وَمَا عَلَيْهِ ، وأُخِذَتْ مِنْهُ الحُدُودُ »[١٩] . ولأنَّ السِّنَّ مَعْنًى يَحْصُلُ به البُلُوغُ ، يَشْتَرِكُ فيه الغلامُ والجارِيَةُ ، فَاسْتَوَيَا فيه ، كالإِنْزَالِ . وما ذَكَرَهُ أصْحابُ أبى حنيفةَ ، ففيما رَوَيْنَاهُ جَوَابٌ عنه ، وما احْتَجَّ به دَاوُدُ لا يَمْنَعُ إثْبَاتَ البُلُوغِ بِغَيْرِ الاحْتِلامِ إذا ثَبَتَ بالدَّلِيلِ ، ولهذا كان إِنْبَاتُ الشَّعْرِ عَلَمًا . وأَمَّا الحَيْضُ فهو عَلَمٌ على البُلُوغِ ، لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ، وقد قال النَّبِىُّ ﷺ : « لا يَقْبَلُ اللهُ صَلاةَ حَائِضٍ إلا بِخِمَارٍ » . رَوَاهُ التِّرمِذِىُّ[٢٠] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وأَمَّا الحَمْلُ فهو عَلَمٌ[٢١] على

---

(١٦) أخرجه البخارى ، فى : باب بلوغ الصبيان وشهادتهم ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب غزوة الخندق وهى الأحزاب ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٣/٢٣٢ ، ٥/١٣٧ . ومسلم ، فى : باب بيان سن البلوغ ، من كتاب الإمارة . صحيح مسلم ٣/١٤٩٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الغلام يصيب الحد ، من كتاب الحدود . سنن أبى داود ٢/٤٥٣ . وابن ماجه ، فى : باب من لا يجب عليه الحد ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢/٨٥٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٧ .

(١٧) فى : أول كتاب الحج . ترتيب مسند الشافعى ٢/١٢٧ .

(١٨) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى حد بلوغ الرجل ومتى يفرض له ، من أبواب الجهاد . عارضة الأحوذى ٧/٢٠٤ .

(١٩) أخرجه البيهقى ، فى : الخلافيات ، وذكره فى : باب البلوغ بالسن ، من كتاب الحجر . انظر : السنن الكبرى ٦/٥٧ .

(٢٠) تقدم تخريجه فى : ٢/٢٨٣ .

(٢١) سقط من : ا ، ب ، م .

البُلوغِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى أَجْرَى العَادَةَ أنَّ الوَلَدَ لا يُخْلَقُ إلّا من مَاءِ الرَّجُلِ ومَاءِ المَرْأةِ .
قال اللهُ تعالى : ﴿ فَلْيَنظُرِ ٱلْإِنسَانُ مِمَّ خُلِقَ * خُلِقَ مِن مَّاءٍ دَافِقٍ * يَخْرُجُ مِنۢ بَيْنِ الصُّلْبِ وَٱلتَّرَائِبِ ﴾[22] . وأخبرَ النَّبيُّ ﷺ بذلك فى الأحاديثِ ، فمتى حَمَلَتْ ، حُكِمَ بِبُلُوغِهَا فى / الوَقْتِ الذى حَمَلَتْ فيه . ٨٦/٤ و

فصل : وإذا وُجِدَ خُرُوجُ المَنِيِّ من ذَكَرِ الخُنْثَى المُشْكِلِ ، فهو عَلَمٌ على بُلُوغِه ، وكَوْنِه رَجُلًا ، وإن خرجَ من فَرْجِه ، أو حَاضَ ، فهو عَلَمٌ على بُلُوغِه ، وكَوْنِهِ امْرَأَةً . وقال القاضِى : ليس واحدٌ منهما عَلَمًا على البُلُوغِ ، فإن اجْتَمَعَا ، فقد بَلَغَ . وهذا مَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لِجَوَازِ أن يكون الفَرْجُ الذى خَرَجَ منه ذلك خِلْقَةً زَائِدَةً . ولَنا ، أنَّ خُرُوجَ البَوْلِ من أَحَدِ الفَرْجَيْنِ دَلِيلٌ على كَوْنِه رَجُلًا أو امْرَأَةً ، فخُرُوجُ المَنِىِّ والحَيْضِ أَوْلَى ، وإذا ثَبَتَ كَوْنُه رَجُلًا خَرَجَ المَنِىُّ من ذَكَرِه ، أو امْرَأةً خَرَجَ الحَيْضُ من فَرْجِهَا ، لَزِمَ وُجودُ البُلُوغِ ، ولأنَّ خُرُوجَ مَنِيِّ الرَّجُلِ من المَرْأةِ ، والحَيْضِ من الرَّجُلِ ، مُسْتَحِيلٌ ، فكان دَلِيلًا على التَّعْيِينِ ، فإذا ثَبَتَ التَّعْيِينُ لَزِمَ كَوْنُه دَلِيلًا على البُلُوغِ ، كما لو تَعَيَّنَ قَبْلَ خُرُوجِه ، ولأنَّه مَنِىٌّ خارِجٌ من ذَكَرٍ ، أو حَيْضٌ خارِجٌ من فَرْجٍ ، فكان عَلَمًا على البُلُوغ كالمَنِيِّ الخَارِجِ من الغُلَامِ ، والحَيْضِ الخَارِجِ من الجَارِيَةِ ، ولأنَّهم سَلَّمُوا أنَّ خُرُوجَهُما معًا دَلِيلٌ على البُلُوغِ ، فخُرُوجُ أحَدِهِما مُنْفَرِدًا أَوْلَى ؛ لأنَّ خُرُوجَهُما معًا يَقْتَضِى تَعَارُضَهُما ، وإسْقَاطَ دِلَالَتِهِما ، إذْ لا يُتَصَوَّرُ أن يَجْتَمِعَ حَيْضٌ صَحِيحٌ ومَنِىُّ رَجُلٍ ، فيَلْزَمُ أن يكونَ أحَدُهما فَضْلَةً خارِجَةً من غيرِ مَحَلِّها ، وليس أحَدُهما بذلك أَوْلَى من الآخرِ ، فتَبْطُلُ دَلَالَتُهما ، كالبَيِّنَتَيْنِ إذا تعارَضَتَا ، وكالبَوْلِ إذا خَرَجَ من المَخْرَجَيْنِ جَمِيعًا ، بِخِلَافِ ما إذا وُجِدَ أَحَدُهُما مُنْفَرِدًا ، فإنَّ اللهَ تَعَالَى أجْرَى العَادَةَ بأنَّ الحَيْضَ يَخْرُجُ من فَرْجِ المَرْأةِ عند بُلُوغِها ، ومَنِىُّ الرَّجُلِ يَخْرُجُ من ذَكَرِه عند بُلُوغِه ، فإذا وُجِدَ ذلك مِنْ غَيْرِ مُعارِضٍ ، وَجَبَ

---

(٢٢) سورة الطارق ٥ – ٧ .

أنْ يَثْبُتَ حُكْمُه ، ويُقْضَى بِثُبُوتِ دَلَالَتِه ، كالحُكْمِ بِكَوْنِه رَجُلًا ، بِخُرُوجِ البَوْلِ من ذَكَرِه ، وبِكَوْنِه امْرَأَةً ، بِخُرُوجِه من فَرْجِها ، والحُكْمِ لِلْغُلَامِ بالبُلُوغِ بِخُرُوجِ المَنِيِّ من ذَكَرِه ، ولِلْجَارِيَةِ بِخُرُوجِ الحَيْضِ من فَرْجِها ، فعلى هذا إنْ خَرَجَا جَمِيعًا[23] لم يَثْبُتْ كَوْنُه رَجُلًا ولا امْرَأَةً ؛ لأنَّ الدَّلِيلَيْنِ تَعَارَضا ، فأَشْبَه ما لَوْ خَرَجَ البَوْلُ من الفَرْجَيْنِ . وهل يَثْبُتُ البُلُوغُ بذلك ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، يَثْبُتُ . وهو اخْتِيَارُ القَاضِى ، ومَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه إنْ كان رَجُلًا ، فقد خَرَجَ المَنِىُّ من ذَكَرِه ، وإن كان امْرَأَةً ، فقد حَاضَتْ . والثانى ، لا يَثْبُتُ ؛ لأنَّه يجوزُ أن لا يكونَ هذا حَيْضًا ولا مَنِيًّا ، فلا يكونُ فيه دَلَالَةٌ ، وقد / دَلَّ تَعَارُضُهما على ذلك ، فَانْتَفَتْ دَلالَتُهما على البُلُوغِ ، كَانْتِفاءِ دَلالتِهما على الذُّكُورِيَّةِ والأُنُوثِيَّةِ ، واللهُ أعْلَمُ .

٨٦/٤ ظ

٨١١ ـ مسألة ؛ قال : (وكذلك الجَارِيَةُ ، وإنْ لَمْ تُنْكِحْ)

يَعْنِى أنَّ الجَارِيَةَ إذا بَلَغَتْ ، وأُونِسَ رُشْدُها بعد بُلُوغِها ، دُفِعَ إليها مالُها ، وزَالَ[1] الحَجْرُ عنها ، وإن لم تَتَزَوَّجْ . وبهذا قال عَطَاءٌ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . ونَقَلَ أبو طَالِبٍ ، عن أحمدَ : لا يُدْفَعُ إلى الجَارِيَةِ مَالُها بعد بُلُوغِهَا ، حتى تَتَزَوَّجَ وتَلِدَ ، أو يَمْضِىَ عليها سَنَةٌ فى بَيْتِ الزَّوْجِ . رُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وبه قال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِىُّ ، وإسحاقُ ؛ لِمَا رُوِىَ عن شُرَيْحٍ ، أنَّه قال : عَهِدَ إلَىَّ عمرُ بن الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنْ لا أُجِيزَ لِجَارِيَةٍ عَطِيَّةً حتى تَحُولَ فى بَيْتِ زَوْجِها حَوْلًا ، أو تَلِدَ وَلَدًا . رَوَاهُ سَعِيدٌ فى « سُنَنِه » ، ولا يُعْرَفُ له مُخَالِفٌ ، فصَارَ إجْمَاعًا . وقال مالِكٌ : لا يُدْفَعُ إليها مَالُها حتى تَتَزَوَّجَ ، ويَدْخُلَ عليها زَوْجُهَا ؛ لأنَّ كُلَّ حَالَةٍ جازَ لِلْأَبِ تَزْوِيجُها من غير إذْنِها ، لم يَنْفكَّ

---

(٢٣) فى ب ، م : « معا » .

(١) فى ا ، ب ، م : « وزوال » .

عنها الحَجْرُ ، كالصَّغِيرَةِ . ولَنا ، عُمُومُ قولِه تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾[2] . ولأنَّها يَتِيمٌ بَلَغَ وأُونِسَ منه الرُّشْدُ ؛ فيُدْفَعُ إليه مَالُه كالرَّجُلِ ، ولأنَّها بَالِغَةٌ رَشِيدَةٌ ، فجَازَ لها التَّصرُّفُ فى مَالِها ، كالَّتى دَخَلَ بها الزَّوْجُ ، وحَدِيثُ عمرَ إنْ صَحَّ ، فلم يُعْلَمْ انْتِشارُه فى الصَّحَابةِ ، ولا يُتْرَكُ به الكِتَابُ والقِياسُ ، على أنَّ حَدِيثَ عمرَ مُخْتَصٌّ بمَنْعِ العَطِيَّةِ ، فلا يَلْزَمُ منه المَنْعُ من تَسْلِيمِ مَالِهَا إليها ، ومَنْعُها من سَائِرِ التَّصرُّفاتِ ، ومَالِكٌ لم يَعْمَلْ به ، وإنما اعْتَمَدَ على إجْبارِ الأَبِ لها على النِّكاحِ ، ولنا أنْ نَمْنَعَ ذلك ، وإنْ سَلَّمْنَاهُ ، فإنَّما أُجْبَرَها على النِّكاحِ لأنَّ اخْتِيارَها لِلنِّكاحِ ومَصَالِحِه لا يُعْلَمُ إلَّا بمُباشَرَتِه ، والبَيْعُ والشِّرَاءُ والمُعامَلاتُ مُمْكِنَةٌ قَبْلَ النِّكاحِ ، وعلى هذه الرِّوَايَةِ ، إذا لم تَتَزَوَّجْ أَصْلًا احْتَمَلَ أنْ يَدُومَ الحَجْرُ عليها ، عَمَلًا بعُمُومِ حَدِيثِ عمرَ ، ولأنَّه لم يُوجَدْ شَرْطُ دَفْعِ مَالِهَا إليها ، فلم يَجُزْ دَفْعُه إليها ، كما لو لم تَرْشُدْ . وقال القاضِى : عِنْدِى أنَّه يُدْفَعُ إليها مَالُها إذا عَنَسَتْ وبَرَزَتْ لِلرِّجَالِ ، يَعْنِى كَبِرَتْ .

فصل : وظَاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّ للمرْأةِ الرَّشِيدَةِ التَّصرُّفَ فى مَالِها كُلِّه ، بالتَّبرُّعِ ، والمُعاوَضَةِ . وهذا إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أحمدَ . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ ، وابن المُنْذِرِ . / وعن أحمدَ رِوَايَةٌ أُخرَى ، ليس لها أنْ تَتَصرَّفَ فى مَالِها بزِيَادَةٍ على الثُّلُثِ بغير عِوَضٍ ، إلَّا بإذْنِ زَوْجِهَا . وبه قال مَالِكٌ . وحُكِىَ عنه فى امرأةٍ حَلَفَتْ أن تَعْتِقَ جَارِيَةً لَهَا[3] ليس لها غَيْرُها ، فَحنِثَتْ ، ولها زَوْجٌ ، فَرَدَّ ذلك عليها زَوْجُها ، قال : له أن يَرُدَّ عليها ، وليس لها عِتْقٌ ؛ لما رُوِىَ أنَّ امْرأَةَ كَعْبِ بنِ مالِكٍ أَتَتِ النَّبِىَّ ﷺ بِحُلِىٍّ لها ، فقال لها النَّبِىُّ ﷺ : « لا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ عَطِيَّةٌ حتى يَأْذَنَ زَوْجُها ، فهل اسْتَأْذَنْتِ كَعْبًا ؟ » . فقالت : نعم . فبَعَثَ رسولُ الله

٨٧/٤ و

(٢) سورة النساء ٦ .

(٣) سقط من : ب ، م .

ﷺ إلى كَعْبٍ ، فقال : « هَلْ أَذِنْتَ لها أن تَتَصدَّقَ بِحُلِيِّهَا ؟ » . قال : نعم . فقَبِلَهُ رسولُ الله ﷺ . رَوَاهُ ابنُ مَاجَه[٤] . رَوَى أيضًا[٤] عن عَمْرِو بنِ شُعَيْبٍ ، عن أبيهِ ، عن جَدِّه ، أنَّ رَسُولَ الله ﷺ ، قال فى خُطْبَةٍ خَطَبَها : « لا يَجُوزُ لِامْرَأةٍ عَطِيَّةٌ (٥مِنْ مَالِها٥) إلَّا بِإذْنِ زَوْجِهَا ؛ (٥إذ هُوَ مَالِكُ عِصْمَتِها » . رواه أبو داودَ[٦] بلَفْظِه ، عن عبد الله بن عَمرٍو ، أنَّ رسول الله ﷺ ، قال :« لا يَجُوزُ لامْرَأةٍ عَطِيَّةٌ إلَّا بإذْنِ زَوْجِها »٥) . ولأنَّ حَقَّ الزَّوْجِ مُتَعَلِّقٌ بِمَالِها ، فإنَّ النبيَّ ﷺ ، قال : « تُنْكَحُ المَرْأَةُ لِمَالِها وجَمَالِها وَدِينِها »[٧] . والعادَةُ أنَّ الزَّوْجَ يَزِيدُ فى مَهْرِها من أجْلِ مالِها ، ويَتَبَسَّطُ فيه ، ويَنْتَفِعُ به ، فإذا أُعْسَرَ بالنَّفَقَةِ أَنْظَرَتْهُ ، فجَرَى ذلك مَجْرَى حُقُوقِ الوَرَثَةِ المُتَعَلِّقَةِ بِمَالِ المَرِيضِ . ولَنا ، قولُه تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾[٨] . وهو ظَاهِرٌ فى فَكِّ الحَجْرِ عنهم ، وإطْلَاقِهِم فى التَّصَرُّفِ ، وقد ثَبَتَ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قال : « يَا مَعْشَرَ النِّساءِ تَصَدَّقْنَ ، ولَوْ مِنْ حُلِيِّكُنَّ » . وأنَّهُنَّ تَصَدَّقْنَ فقَبِلَ صَدَقَتَهُنَّ و لم يَسْأَلْ و لم يَسْتَفْصِلْ . وأَتَتْهُ زَيْنَبُ امْرَأةُ عبدِ الله ، وامْرَأةٌ أُخْرَى اسْمُها زَيْنَبُ ، فسَأَلَتْهُ عن الصَّدَقَةِ ، هل يَجْزِيهِنَّ

---

(٤) فى : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٨/٢ .

(٥ – ٥) سقط من : ا ، ب ، م .

(٦) فى : باب فى عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٣/٢ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب الزكاة ، وفى الباب نفسه ، من كتاب العمرى . المجتبى ٤٩/٥ ، ٢٣٦/٦ . والإمام أحمد فى : المسند ١٧٩/٢ ، ١٨٤ ، ٢٠٧ .

(٧) أخرجه البخارى ، فى : باب الأكفاء فى الدين .. ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٩/٧ . ومسلم ، فى : باب استحباب نكاح ذات الدين ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٨٦/٢ . وأبو داود ، فى : باب ما يؤمر به من تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٧٢/١ . والنسائى ، فى : باب كراهية تزويج الزناة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٥٦/٦ . وابن ماجه ، فى : باب تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٥٩٧/١ . والدارمى ، فى : باب تنكح المرأة على أربع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١٣٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٢٨/٢ ، ٨٠/٣ .

(٨) سورة النساء ٦ .

أن يَتَصَدَّقْنَ على أَزْوَاجِهِنَّ ، وأَيْتَامٍ لَهُنَّ ؟ فقال : « نَعَمْ »[9] . و لم يَذْكُرْ لهن هذا الشَّرْطَ ، ولأنَّ من وَجَبَ دَفْعُ مَالِه إليه لِرُشْدٍ ، جَازَ له التَّصَرُّفُ فيه من غير إذْنٍ ، كالغُلام ، ولأنَّ المرأةَ من أهْلِ التَّصَرُّفِ ، ولا حَقَّ لِزَوْجِها فى مَالِها ، فلم يَمْلِكِ الحَجْرَ عليها فى التَّصَرُّفِ بجَمِيعِه ، كأُخْتِها . وحَدِيثُهُم ضَعِيفٌ ، وشُعَيْبٌ لم يُدْرِكْ عبدَ اللهِ بنَ عَمْرٍو ، فهو مُرْسَلٌ . وعلى أنَّه مَحْمُولٌ على أنَّه لا يجوزُ عَطِيَّتُها لِمالِه بغيرِ إذْنِه ، بِدَلِيلِ أنَّه يَجُوزُ عَطِيَّتُها ما دُونَ الثُّلُثِ / من مَالِها ، وليس معهم حَدِيثٌ يَدُلُّ على تَحْدِيدِ المَنْعِ بالثُّلُثِ ، فالتَّحْدِيدُ بذلك تَحَكُّمٌ ليس فيه تَوْقِيفٌ ، ولا عليه دَلِيلٌ . وقِياسُهم على المريضِ غيرُ صَحِيحٍ ، لِوُجُوهٍ ؛ أحَدِها ، أنَّ المَرَضَ سَبَبٌ يُفْضِي إلى وُصُولِ المالِ إليهم بالمِيرَاثِ ، والزَّوْجِيَّةُ إنَّما تَجْعَلُهُ من أهْلِ المِيرَاثِ ، فهى أحَدُ وَصْفَيِ العِلَّةِ ، فلا يَثْبُتُ الحُكْمُ بمُجَرَّدِها ، كما لا يَثْبُتُ للمرأةِ الحَجْرُ على زَوْجِها ، ولا لِسائِرِ الوُرَّاثِ بدونِ المَرَضِ . الثانى ، أنَّ تَبَرُّعَ المَرِيضِ مَوْقُوفٌ ، فإن بَرِئَ من مَرَضِهِ ، صَحَّ تَبَرُّعُهُ ، وهٰهُنا أبْطَلُوه على كُلِّ حالٍ ، والفَرْعُ لا يَزِيدُ على أصْلِه . الثالثِ ، أنَّ ما ذَكَرُوه مُنْتَقِضٌ بالمرأةِ ، فإنَّها تَنْتَفِعُ بمالِ زَوْجِها وتَتَبَسَّطُ فيه عادَةً ، ولها النَّفَقَةُ منه ، وانْتِفاعُها بمَالِه أكْثَرُ من انْتِفَاعِه بمَالِها ، وليس لها الحَجْرُ عليه ، وعلى أنَّ هذا المَعْنَى ليس بمَوْجُودٍ فى الأصْلِ ، ومن شَرْطِ صِحَّةِ القِيَاسِ وُجُودُ المَعْنَى المُثْبِتِ لِلْحُكْمِ فى الأصْلِ والفَرْعِ جَمِيعًا .

٨٧/٤ ظ

---

(9) تقدم تخريجه عند البخارى ، فى : ١٠١/٤ . كما أخرجه البخارى ، فى : باب العرض فى الزكاة ، وباب الزكاة على الزوج والأيتام ... ، من كتاب الزكاة . صحيح البخارى ١٤٤/٢ ، ١٥٠ . ومسلم ، فى : باب فضل النفقة والصدقة ... ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٦٩٥/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى زكاة الحلى ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ١٢٩/٣ . والنسائى ، فى : باب الصدقة على الأقارب ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٦٩/٥ . وابن ماجه ، فى : باب الصدقة على ذى قرابة ، من كتاب الزكاة . سنن ابن ماجه ٥٨٧/١ . والدارمى ، فى : باب أى الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة . سنن الدارمى ٣٨٩/١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٧٦/١ ، ٥٠٢/٣ ، ٣٦٣/٦ .

فصل : وهل يجوزُ للمرأةِ الصَّدَقَةُ من مَالِ زَوْجِها بالشيءِ اليَسِيرِ ، بغير إذْنِه ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحْداهما ، الجَوَازُ ؛ لأنَّ عَائِشَةَ قالت : قال رسول الله ﷺ : « مَا أَنْفقَتِ المرأةُ مِنْ بَيْتِ زَوْجِها ، غَيْرَ مُفْسِدَةٍ ، كَانَ لَهَا أجْرُها ، وَلَهُ مِثْلُه بِمَا كَسَبَ ، وَلَهَا بِمَا أنْفَقَتْ ، ولِلْخَازِنِ مِثْلُ ذٰلِكَ ، مِنْ غَيْرِ أن يُنْتَقَصَ مِنْ أُجُورِهِمْ شَيْءٌ » . ولَم يَذْكُرْ إذْنًا . وعن أسماءَ ، أنَّها جاءَتِ النَّبِيَّ ﷺ ، فقالت : يا رسولَ اللهِ ليس لِي شيءٌ إلَّا ما أدْخَلَ عَلَيَّ الزُّبَيْرُ ، فهل عَلَيَّ جُنَاحٌ أن أرْضَخَ[10] مِمَّا يُدْخِلُ عَلَيَّ ؟ فقال : « ارْضَخِي ما اسْتَطَعْتِ ، ولا تُوعِي[11] ، فَيُوعَى[12] عَلَيْكِ » . مُتَّفَقٌ عليهما[13] . ورُوِيَ أن امرأةً أتَتِ النَّبِيَّ ﷺ ، فقالتْ : يا رسول اللهِ إنَّا كَلٌّ على أزْوَاجِنا وآبائِنا ، فما يَحِلُّ لنا من أمْوَالِهِمْ ؟ قال : « الرَّطْبُ[14] تَأْكُلِينَه ،

---

(١٠) أي : أعطي شيئا قليلا .

(١١) أي : لا تشحي بالنفقة .

(١٢) في صحيح مسلم : « فيوعى الله » .

(١٣) أخرج الأول ، البخاري في : باب من أمر خادمه بالصدقة ولم يناول بنفسه ، وباب أجر الخادم إذا تصدق ... ، وباب أجر المرأة إذا تصدقت ... ، من كتاب الزكاة ، وفي باب قول الله تعالى : ﴿ أنفقوا من طيبات ما كسبتم ﴾ . من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٢/١٣٩ ، ١٤١ ، ١٤٢ ، ٣/٧٣ . ومسلم ، في : باب أجر الخازن الأمين والمرأة إذا تصدقت ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢/٧١٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب المرأة تتصدق من بيت زوجها ، من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ١/٣٩١ ، ٣٩٢ . والترمذي ، في : باب في نفقة المرأة من بيت زوجها ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذي ٣/١٧٧ . والنسائي ، في : باب صدقة المرأة من بيت زوجها ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥/٤٩ . وابن ماجه ، في : باب ما للمرأة من مال زوجها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٧٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦/٤٤ .

والثاني أخرجه البخاري ، في : باب الصدقة في ما استطاع ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب هبة المرأة لغير زوجها ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٢/١٤١ ، ٣/٢٠٣ . ومسلم ، في : باب الحث في الإنفاق وكراهة الإحصاء ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢/٧١٤ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب الإحصاء في الصدقة ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥/٥٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦/٣٤٥ ، ٣٤٦ ، ٣٥٣ .

(١٤) الرَّطْبُ : ما لا يدخر ولا يبقى كالفواكه والبقول .

وتُهْدِينَهُ »[١٥] . ولأنَّ العَادَةَ السَّمَاحُ بذلك ، وطِيبُ النَّفْسِ ، فجَرَى مَجْرَى صَرِيحِ الإذْنِ ، كما أنَّ تَقْدِيمَ الطَّعَامِ بين يَدَيِ الأَكَلَةِ قَامَ مَقامَ صَرِيحِ الإذْنِ في أَكْلِهِ .
والرِّواية الثانية ، لا يجوزُ ؛ لما رَوَى أبو أُمَامَةَ البَاهِلِيُّ ، قال : سَمِعْتُ رسول الله ﷺ ، يقولُ : « لا تُنْفِقُ ٱلْمَرْأَةُ شَيْئًا من بَيْتِها إلَّا بإذْنِ زَوْجِها » . قيل : يا رسول الله ولا الطَّعَامَ ؟ . قال : « ذاكَ أفْضَلُ أموَالِنا » . رَوَاهُ سَعِيدٌ في « سُنَنِه »[١٦] . وقال النبيُّ ﷺ : « لَا يَحِلُّ مَالُ آمْرِئٍ مُسْلِمٍ إلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ »[١٧] .
٨٨/٤ و وقال : « إنَّ الله /حَرَّمَ بَيْنَكُمْ دِمَاءَكُمْ وأمْوَالَكُمْ كحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هٰذَا ، في شَهْرِكُمْ هٰذَا ، في بَلَدِكُمْ هٰذا »[١٨] . ولأنه تَبَرَّعَ بمَالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَجُزْ ، كغيرِ الزَّوْجَةِ . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ الأحادِيثَ فيها خَاصَّةٌ صَحِيحَةٌ ، والخاصُّ يُقَدَّمُ على العَامِّ ويُبَيِّنُه ، ويُعَرِّفُ أنَّ المُرادَ بالعَامِّ غيرُ هذه الصُّورَةِ المَخْصُوصَةِ ، والحَدِيثُ الخاصُّ لهذه الرِّوَايَةِ ضَعِيفٌ ، ولا يَصِحُّ قِيَاسُ المرأةِ على غيرِها ؛ لأنَّها بِحُكْمِ العادَةِ تَتَصرَّفُ في مالِ زَوْجِهَا ، وتَتَبَسَّطُ فيه ، وتَتَصَدَّقُ منه ، لِحُضُورِها وغَيْبَتِه ، والإذْنُ العُرْفِيُّ يَقُومُ مَقَامَ الإذْنِ الحَقِيقِيِّ ، فصارَ كأنَّه قال لها : افْعَلِي هذا . فإنْ مَنَعَها ذٰلك ، وقال : لا تَتَصدَّقِي بشَيْءٍ ، ولا تَتَبَرَّعِي من مَالِي بِقَلِيلٍ ، ولا كَثِيرٍ . لم يَجُزْ لها ذلك ؛ لأنَّ المَنْعَ الصَّرِيحَ نَفْيٌ للإذْنِ العُرْفِيِّ . ولو كان في بَيْتِ الرَّجُلِ من يَقُومُ مَقَامَ امْرَأتِه كجارِيَتِه ، أو أُخْتِه . أو غُلَامِهِ المُتصرِّفِ في بَيْتِ سَيِّدِه وطَعَامِه ، جَرَى

---

(١٥) أخرجه أبو داود ، في : باب المرأة تتصدق من بيت زوجها ، من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ٣٩٢/١ . وابن أبي شيبه ، في : باب المرأة تصدق من بيت زوجها ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٥٨٥/٦ .

(١٦) وأخرجه أبو داود ، في : باب في تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٦/٢ . والترمذي ، في : باب في نفقة المرأة من بيت زوجها ، من أبواب الزكاة ، وفي : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذي ١٧٦/٣ ، ١٧٧ ، ٢٧٦/٨ وابن ماجه ، في : باب ما للمرأة من مال زوجها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٧٠/٢ والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٧/٥ .

(١٧) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٧٢/٥ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٢٦/٣ .

(١٨) انظر تخريج حديث جابر في : ١٥٦/٥ .

مَجْرَى الزَّوْجَةِ فيما ذَكَرْنا ؛ لِوُجودِ المَعْنَى فيه . ولو كانت امْرأتُه مَمْنُوعَةً من التَّصَرُّفِ فى بَيْتِ زَوْجِها ، كالَّتى يُطْعِمُها بالفَرْضِ ، ولا يُمَكِّنُها من طَعَامِه ، ولا من التَّصَرُّفِ فى شَىْءٍ من مَالِه ، لم يَجُزْ لها الصَّدَقَةُ بشىءٍ من مَالِه ؛ لِعَدَمِ المَعنَى فيها ، واللهُ أعلمُ .

٨١٢ - مسألة ؛ قال : (والرُّشْدُ الصَّلَاحُ فى المَالِ)

هٰذا قولُ أكْثرِ أهْلِ العِلْمِ ، منهم ؛ مَالِكٌ ، وأبو حنيفةَ . وقال الحسنُ والشَّافِعِىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : الرُّشْدُ صَلَاحُه فى دِينِه ومَالِه ؛ لأنَّ الفَاسِقَ غيرُ رَشِيدٍ ، ولأنَّ إفْسَادَهُ لِدِينِه يَمْنَعُ الثِّقَةَ به فى حِفْظِ مَالِه ، كما يَمْنَعُ قَبولَ قَوْلِه ، وثُبُوتَ الوِلَايَةِ على غيرِه ، وإنْ لم يُعْرَفْ منه كَذِبٌ ولا تَبْذِيرٌ . ولَنا ، قَوْلُ اللهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾[1] . قال ابنُ عَبّاسٍ : يَعْنِى صَلَاحًا فى أموالِهِمْ . وقال مُجاهِدٌ : إذا كان عَاقِلًا . ولأنَّ هذا إثْباتٌ فى نَكِرَةٍ ، ومَن كان مُصْلِحًا لِمالِه ، فقد وُجِدَ منه رُشْدٌ ، ولأنَّ العَدَالَةَ لا تُعْتَبَرُ فى الرُّشْدِ فى الدَّوَامِ ، فلا تُعْتَبَرُ فى الابْتِدَاءِ ، كالزُّهْدِ فى الدُّنْيا ، ولأنَّ هذا مُصْلِحٌ لِمالِه ، فأشْبَه العَدْلَ ، يُحَقِّقُه أنَّ الحَجْرَ عليه إنَّما كان لِحِفْظِ مَالِه عليه ، فالمُؤَثِّرُ فيه ما أثَّرَ فى تَضْيِيعِ المالِ ، أو حِفْظِه . وقَوْلُهُم : إنَّ الفَاسِقَ غيرُ رَشِيدٍ . قُلْنا : هو غيرُ رَشِيدٍ فى دِينِه ، أمَّا فى مَالِه وحِفْظِه فهو رَشِيدٌ ، ثم هو مُنْتَقِضٌ بالكَافِرِ ، فإنَّه غيرُ رَشِيدٍ ولا[2] يُحْجَرُ عليه [3]لِذلك ، وكذلك لو طَرَأ الفِسْقُ على المُسْلِمِ بعدَ دَفْعِ مَالِه إليه ، لم يَزُلْ رُشْدُه ، ولم يُحْجَرْ عليه[3] من أجْلِه ، ولو كانتِ العَدالَةُ شَرْطًا / فى الرُّشْدِ ، لَزَالَ بزَوَالِها ، كحِفْظِ المالِ ، ولا يَلْزَمُ من مَنْعِ قَبُولِ القَوْلِ مَنْعُ دَفْعِ مَالِه إليه ، فإنَّ من يُعْرَفُ بكَثْرَةِ الغَلَطِ والغَفْلَةِ والنِّسْيَانِ ، أو من يَأْكُلُ فى السُّوقِ ، ويَمُدُّ رِجْلَيْه فى مَجَامِع

٤/٨٨ ظ

---

(١) سورة النساء ٦ .

(٢) فى ب ، م : « ولم » .

(٣ - ٣) سقط من : ب ، م .

الناسِ ، وأشْبَاهِهِمْ . لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهم ، وتُدْفَعُ إليهم أمْوالُهم . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الفاسِقَ إن كان يُنْفِقُ مَالَهُ فى المَعاصِى ، كشِرَاءِ الخَمْرِ ، وآلاتِ اللَّهْوِ ، أو يَتَوصَّلُ به إلى الفَسادِ ، فهو غيرُ رَشِيدٍ ؛ لِتَبْذِيرِه لِمَالِه ، وتَضْيِيعِه إيَّاهُ فى غير فائِدَةٍ . وإن كان فِسْقُه لغيرذلك ، كالكَذِبِ ، ومَنْعِ الزَّكاةِ ، وإضاعَةِ الصَّلاةِ ، مع حِفْظِه لِمَالِه ، دُفِعَ مَالُه إليه ؛ لأنَّ المَقْصُودَ بالحَجْرِ حِفْظُ المالِ ، ومَالُه مَحْفُوظٌ بدُونِ الحَجْرِ ، ولذلك لو طَرَأَ الفِسْقُ بعد دَفْعِ مَالِه إليه ، لم يُنْزَعْ مِنْهُ[4] .

فصل : وإنَّما يُعْرَفُ رُشْدُه باخْتِبَارِهِ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَامَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ ﴾[5] . يعنى اخْتَبِرُوهم . كقوله تعالى : ﴿ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا ﴾[6] أى يَخْتَبِرَكم . واخْتِبارُه بِتَفْوِيضِ التَّصَرُّفاتِ التى يَتَصَرَّفُ فيها أمْثالُه إليه[7] ؛ فإنْ كان من أوْلادِ التُّجَّارِ فُوِّضَ إليه البَيْعُ ، والشِّرَاءُ ، فإذا تَكَرَّرَتْ منه ، فلم يُغْبَنْ ، ولم يُضَيِّعْ ما فى يَدَيْهِ ، فهو رَشِيدٌ . وإن كان من أوْلادِ الدَّهاقِينِ ، والكُبَرَاءِ الَّذين يُصَانُ أمْثالُهُم عنِ الأسْوَاقِ ، رُفِعَتْ إليه نَفَقَةُ مُدَّةٍ ، لِيُنْفِقَها فى مَصَالِحِه ، فإن كان قَيِّمًا بذلك ، يَصْرِفُها فى مَوَاقِعِهَا ، ويَسْتَوْفِى على وَكِيلِه ، ويَسْتَقْصِى عليه ، فهو رَشِيدٌ . والمرأةُ يُفَوَّضُ إليها ما يُفَوَّضُ إلى رَبَّةِ البَيْتِ ، من اسْتِئْجارِ الغَزَّالَاتِ ، وتَوْكِيلِها فى شِرَاءِ الكَتَّانِ ، وأشْبَاهِ ذلك . فإنْ وُجِدَتْ ضَابِطَةً لما فى يَدَيْها ، مُسْتَوْفِيَةً من وَكِيلِها ، فهى رَشِيدَةٌ . ووَقْتُ الاخْتِبَارِ قبلَ البُلُوغِ ، فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، وهو أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَامَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ . فظَاهِرُ الآيةِ أنَّ ابْتِلاءَهم قبلَ البُلُوغِ ، لِوَجْهَيْنِ ؛ أحَدِهما ، أنَّه سَمَّاهُمْ يَتَامَى ، وإنَّما

(٤) سقط من : ا ، ب ، م .

(٥) سورة النساء ٦ .

(٦) سورة الملك ٢ .

(٧) سقط من : ب ، م .

يَكُونُونَ يَتَامَى قبل البُلُوغِ . والثانى ، أنَّه مَدَّ اخْتِبَارَهم إلى البُلُوغِ بِلَفْظَةِ : ﴿ حَتَّى ﴾ ، فدَلَّ[8] على أن الاخْتِبَارَ قَبْلَه ، ولأنَّ تَأْخِيرَ الاخْتِبَارِ إلى البُلُوغِ مُؤَدٍّ إلى الحَجْرِ على البالِغِ الرَّشِيدِ ؛ لأنَّ الحَجْرَ يَمْتَدُّ إلى أن يُخْتَبَرَ ويُعْلَمَ رُشْدُه ، واخْتِبَارُه قَبْلَ البُلُوغِ يَمْنَعُ ذلك ، فكان أَوْلَى . لكن لا يُخْتَبَرُ إلَّا المُرَاهِقُ المُمَيِّزُ ، الَّذى يَعْرِفُ البَيْعَ والشِّـرَاءَ . والمَصْلَحَةَ من المَفْسَدَةِ . ومتى أَذِنَ له وَلِيُّه فتَصَرَّفَ ، صَحَّ تَصَرُّفُه ، على ما ذَكَرْنا فيما مَضَى . وقد أَوْمَأَ أحمدُ فى مَوْضِعٍ إلى اخْتِبَارِه بعد البُلُوغِ ؛ لأنَّ تَصَرُّفَه قَبْلَ ذلك تَصَرُّفُ مِمَّنْ لم يُوجَدْ فيه مَظِنَّةُ العَقْلِ . وقد اخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِىِّ فى وَقْتِ الاخْتِبَارِ على نَحْوِ ما ذَكَرْنا / فيما مَضَى من الرِّوَايَتَيْنِ .

٤/٨٩ و

٨١٣ – مسألة ؛ قال : (فَإِنْ عَاوَدَ السَّفَهَ ، حُجِرَ عَلَيْهِ)

وجُمْلَتُه ، أنَّ المَحْجُورَ عليه إذا فُكَّ عنه الحَجْرُ لِرُشْدِه وبُلُوغِه ، ودُفِعَ إليه مَالُه ، ثم عَادَ إلى السَّفَهِ ، أُعِيدَ عليه الحَجْرُ . وبهذا قال القاسِمُ بن محمدٍ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، والأَوْزَاعِىُّ ، وإسحاقُ ، (١ وأبو ثَوْرٍ ١) ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : لا يُبْتَدَأُ الحَجْرُ على بَالِغٍ عَاقِلٍ ، وتَصَرُّفُه نَافِذٌ . ورُوِىَ ذلك عن ابنِ سِيرِينَ ، والنَّخَعِىِّ ؛ لأنَّه حُرٌّ مُكَلَّفٌ ، فلا يُحْجَرُ عليه كالرَّشِيدِ . ولَنا ، إجْمَاعُ الصَّحابةِ ، ورَوَى عُرْوَةُ بنُ الزُّبَيْرِ ، أنَّ عبدَ اللهِ بنَ جَعْفَرٍ ابْتَاعَ بَيْعًا ، فقال عَلِىٌّ رَضِىَ اللهُ عنه : لآتِيَنَّ عثمانَ لِيَحْجُرَ عليكَ . فأَتَى عبدُ اللهِ بنُ جَعْفَرٍ الزُّبَيْرَ ، فقال : قد ابْتَعْتُ بَيْعًا ، وإنَّ عَلِيًّا يُرِيدُ أن يَأْتِـىَ أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ عثمانَ ، فيَسْأَلَه الحَجْرَ عَلَىَّ . فقال الزُّبَيْرُ : أنا شَرِيكُكَ فى البَيْعِ . فأَتَى عَلِىٌّ عثمانَ ، فقال : إنَّ ابنَ جَعْفَرٍ قد ابْتَاعَ بَيْعَ كذا ، فاحْجُرْ عليه . فقال الزُّبَيْرُ : أنا شَرِيكُه فى البَيْعِ . فقال عثمانُ : كيف أَحْجُرُ على رَجُلٍ شَرِيكُه الزُّبَيْرُ ؟ . قال أحمدُ : لم أَسْمَعْ هذا إلَّا من

---

(٨) فى الأصل : « فيدل » .

(١ – ١) سقط من : ب ، م .

أبى يوسفَ القاضى . وهذه قِصَّةٌ يَشْتَهِرُ مِثْلُها ، و لم يُخَالِفْها أحَدٌ فى عَصْرِهم ، فتكونُ إجْمَاعًا . ولأنَّ هذا سَفِيهٌ ، فيُحْجَرُ عليه ، كما لو بَلَغَ سَفِيهًا ؛ فإن العِلَّةَ التى اقْتَضَتِ الحَجْرَ عليه إذا بَلَغَ سَفِيهًا سَفَهُهُ ، وهو مَوْجُودٌ ، ولأنَّ السَّفَهَ لو قَارَنَ البُلُوغَ مَنَعَ دَفْعَ مَالِه إليه ، فإذا حَدَثَ ، أوْجَبَ انْتِزَاعَ المالِ كالجُنُونِ . وفَارَقَ الرَّشِيدَ ؛ فإنَّ رُشْدَهُ لو قَارَنَ البُلُوغَ لم يَمْنَعْ دَفْعَ مَالِه إليه .

فصل : ولا يَحْجُرُ عليه إلَّا الحَاكِمُ ، وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال محمدٌ : يَصِيرُ مَحْجُورًا عليه بمُجَرَّدِ تَبْذِيرِه ؛ لأنَّ ذلك سَبَبُ الحَجْرِ ، فأشْبَه الجُنُونَ[2] . ولَنا : أن التَّبْذِيرَ يَخْتَلِفُ ، ويُخْتَلَفُ فيه ، ويَحْتَاجُ إلى الاجْتِهَادِ ، فإذا افْتَقَرَ السَّبَبُ إلى الاجْتِهَادِ ، لم يَثْبُتْ إلَّا بحُكْمِ الحَاكِمِ ، (3كابْتِدَاءِ مُدَّةِ العُنَّةِ[4]) ، ولأنه حَجْرٌ مُخْتَلَفٌ فيه ، فلم يَثْبُتْ إلَّا بحُكْمِ الحَاكِمِ 3) ، كالحَجْرِ على المُفْلِسِ ، وفَارَقَ الجُنُونَ ؛ فإنَّه لا يَفْتَقِرُ إلى الاجْتِهَادِ ، ولا خِلَافَ فيه ، ومتى حُجِرَ عليه ، ثم عَادَ فرَشَدَ ، فُكَّ الحَجْرُ عنه . ولا يَزُولُ إلَّا بحُكْمِ الحاكِمِ . وبه قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو الخَطَّابِ : يَزُولُ السَّفَهُ ؛ لأنَّه سَبَبُ الحَجْرِ ، فيَزُولُ بزَوَالِه ، كما فى حَقِّ الصَّبِىِّ والمَجْنُونِ . ولَنا ، أنَّه حَجْرٌ ثَبَتَ بحُكْمِ الحَاكِمِ ، فلا يَزُولُ إلَّا به ، كحَجْرِ المُفْلِسِ ، ولأنَّ الرُّشْدَ يَحْتَاجُ إلى / تَأَمُّلٍ واجْتِهَادٍ فى مَعْرِفَتِه ، وزَوَالِ تَبْذِيرِه ، فكان كابْتِدَاءِ الحَجْرِ عليه . وفَارَقَ الصَّبِىَّ والمَجْنُونَ ؛ فإنَّ الحَجْرَ عليهما بغيرِ حُكْمِ حَاكِمٍ ، فيَزُولُ بغير حُكْمِه . ولأنَّنا لو وَقَفْنا تَصَرُّفَ النَّاسِ على الحاكِمِ ، كان أكْثَرُ النَّاسِ مَحْجُورًا عليه . قال أحمدُ : والشَّيْخُ الكَبِيرُ يُنْكِرُ عَقْلُهُ ، يُحْجَرُ عليه . يعنى : إذا كَبِرَ ، واخْتَلَّ عَقْلُه ، حُجِرَ عليه ، بمَنْزِلَةِ المَجْنُونِ ؛ لأنَّه يَعْجِزُ بذلك عن التَّصَرُّفِ فى مَالِه على وَجْهِ المَصْلَحَةِ ، وحِفْظِه ، فأشْبَه الصَّبِىَّ والسَّفِيهَ .

٨٩/٤ ظ

---

(٢) فى ا : « المجنون » .

(٣ – ٣) سقط من : الأصل .

(٤) العنة : عجز يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع .

٨١٤ ـ مسألة ؛ قال : (فَمَن عَامَلَهُ بَعْدَ ذٰلِكَ ، فَهُوَ الْمُتْلِفُ لِمَالِهِ)

وجملتُه أنَّ الحَاكِمَ إذا حَجرَ على السَّفِيهِ ، استُحِبَّ أن يُشهِدَ عليه ، لِيُظْهِرَ أمْرَه ، فتُجْتَنَبَ مُعَامَلَتُه . وإن رَأَى أن يَأْمُرَ مُنَادِيًا يُنَادِى بذلك ، لِيَعْرِفَهُ النّاسُ ، فَعَلَ . ولا يُشْتَرَطُ الإشْهَادُ عليه ؛ لأنَّه قد يَنْتَشِرُ أمْرُه بِشُهْرَتِه ، وحَدِيثِ الناسِ به . فإذا حُجِرَ عليه ، فبَاعَ واشْتَرَى ، كان ذلك فَاسِدًا ، واسْتَرْجَعَ الحاكِمُ ما بَاعَ من مَالِه ، ورَدَّ الثمنَ إن كان بَاقِيًا . وإن أتْلَفَهُ السَّفِيهُ ، أو تَلِفَ فى يَدِه ، فهو من ضَمَانِ المُشْتَرِى ، ولا شىءَ على السَّفِيهِ . وكذلك ما أخَذَ من أمْوَالِ النّاسِ بِرِضَا أصْحَابِها ، كالذى يَأْخُذُه بِقَرْضٍ أو شِرَاءٍ أو غيرِ ذلك ، رَدَّهُ الحاكِمُ إن كان بَاقِيًا ، وإن كان تَالِفًا ، فهو من ضَمَانِ صَاحِبِه ، عَلِمَ بالحَجْرِ عليه أو لم يَعْلَمْ ؛ لأنَّه إن عَلِمَ فقد فَرَّطَ ، بِدَفْعِ مَالِه إلى من حُجِرَ عليه ، وإن لم يَعْلَمْ ، فهو مُفَرِّطٌ إذا كان فى مَظِنَّةِ الشُّهْرَةِ ، هذا إذا كان صَاحِبُه قد سَلَّطَهُ عليه ، فأمَّا إن حَصَلَ فى يَدِه باخْتِيَارِ صَاحِبِه مِن غيرِ تَسْلِيطٍ ، كالوَدِيعَةِ والعَارِيَّةِ ، فَاخْتَارَ القاضِىَ أنَّه يَلْزَمُه الضَّمَانُ إن أتْلَفَه ، أو تَلِفَ بتَفْرِيطِه ؛ لأنَّه أتْلَفَه بغير اخْتِيَارِ صَاحِبِه ، فأشْبَه ما لو كان القَبْضُ بغيرِ اخْتِيَارِه[1] ، ويَحْتَمِلُ أنَّه لا يَضْمَنُ ، لأنَّه عَرَّضَهَا لإتْلَافِه ، وسَلَّطَهُ عليها ، فأشْبَهَ المَبِيعَ . وأمّا مَا أخَذَهُ بغير اخْتِيَارِ صَاحِبِه ، أو أتْلَفَهُ ، كالغَصْبِ والجِنَايَةِ ، فعليه ضَمَانُه ؛ لأنَّه لا تَفْرِيطَ من المالِكِ ، لأنَّ الصَّبِىَّ والمَجْنُونَ لو فَعَلَا ذلك ، لَزِمَهُما الضَّمَانُ ، فالسَّفِيهُ أوْلَى . ومذهبُ الشَّافِعِىِّ فى هذا كلِّه كذلك .

فصل : والحُكْمُ فى الصَّبِىِّ والمَجْنُونِ ، كالحُكْمِ فى السَّفِيهِ ، فى وُجُوبِ الضَّمَانِ عليهما فيما أتْلَفَاهُ من مَالِ غيرِهما بغيرِ إذْنِه ، أو غَصَبَاهُ فتَلِفَ فى أيْدِيهِما ، وانْتِفَاءِ الضَّمَانِ عنهما فيما حَصَلَ فى أيْدِيهِما بِاخْتِيَارِ صَاحِبِه / وتَسْلِيطِه ، كالثَّمَنِ ٩٠/٤ و

---

(١) فى حاشية الأصل بخط مغاير : « وهو مذهب أبى حنيفة ، رضى الله عنه » .

والمَبِيعِ والقَرْضِ والاسْتِدَانَةِ . وأمَّا الوَدِيعَةُ والعَارِيَّةُ ، فلا ضَمَانَ عليهما فيما تَلِفَ بِتَفْرِيطِهِما ، وإن أَتْلَفَاهُ ففى ضَمَانِه وَجْهَانِ .

فصل : ولا يَنْظُرُ فى مَالِ الصَّبِىِّ والمَجْنُونِ ، ما دَامَا فى الحَجْرِ ، إلَّا الأَبُ ، أو وَصِيُّهُ بعدَه ، أو الحَاكِمُ عندَ عَدَمِهِمَا . وأمَّا السَّفِيهُ ، فإن كان مَحْجُورًا عليه صَغِيرًا ، واسْتُدِيمَ الحَجْرُ عليه لِسَفَهِه ، فالوَلِىُّ فيه مَن ذَكَرْنَاهُ . وإن جُدِّدَ الحَجْرُ عليه بعد بُلُوغِه ، لم يَنْظُرْ فى مَالِه إلَّا الحَاكِمُ ؛ لأنَّ الحَجْرَ يَفْتَقِرُ إلى حُكْمِ حَاكِمٍ ، وزَوَالَهُ يَفْتَقِرُ إلى ذلك ، فكذلك النَّظَرُ فى مَالِه .

٨١٥ ــ مسألة ؛ قال : (**وَإِنْ أَقَرَّ المَحْجُورُ عَلَيْهِ بِمَا يُوجِبُ حَدًّا أو قِصَاصًا ، أَوْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ ، لَزِمَهُ ذٰلِكَ**)

وجُمْلَتُه أنَّ المَحْجُورَ عليه ، لِفَلَسٍ ، أو سَفَهٍ ، إذا أَقَرَّ بما يُوجِبُ حَدًّا أو قِصَاصًا ، كالزِّنَا ، والسَّرِقَةِ ، والشُّرْبِ ، والقَذْفِ ، والقَتْلِ العَمْدِ ، أو قَطْعِ اليَدِ ، وما أشبهها ، فإنَّ ذلك مَقْبُولٌ ، ويَلْزَمُه حُكْمُ ذلك فى الحال . لا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا . قال ابن المُنْذِرِ : أجْمَعَ كُلُّ مَن نَحْفَظُ عنه من أهْلِ العِلْمِ على أنَّ إقْرَارَ المَحْجُورِ عليه على نَفْسِه جَائِزٌ ، إذا كان إقْرارُه بِزِنًا ، أو سَرِقَةٍ ، أو شُرْبِ خَمْرٍ ، أو قَذْفٍ ، أو قَتْلٍ ، وأنَّ الحُدُودَ تُقَامُ عليه . وهذا قولُ الشَّافِعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحَابِ الرَّأْىِ ، ولا أَحْفَظُ عن غيرِهم خِلَافَهم[1] . وذلك لأنَّه غيرُ مُتَّهَمٍ فى حَقِّ نَفْسِه ، والحَجْرُ إنَّما تَعَلَّقَ بمَالِه ، فقُبِلَ إقْرَارُهُ على نَفْسِه بما لا يَتَعَلَّقُ بالمَالِ . وإن طَلَّقَ زَوْجَتَه ، نَفَذَ طَلَاقُه ، فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . وقال ابنُ أبى لَيْلَى : لا يَقَعُ طَلَاقُه ؛ لأنَّ البُضْعَ يَجْرِى مَجْرَى المالِ بِدَلِيلِ أنَّه يَمْلِكُه بمَالٍ ، ويَصِحُّ أن يَزُولَ مِلْكُه عنه بمَالٍ ، فلم يَمْلِك التَّصَرُّفَ فيه كالمَالِ . ولَنا ، أنَّ الطَّلَاقَ ليس بِتَصَرُّفٍ فى المَالِ ،

---

(١) فى ا : « خلافا لهم » .

ولا يَجْرِى مَجْرَاهُ ، فلا يُمْنَعُ منه ، كالإقْرَارِ بالحَدِّ والقِصَاصِ . ودَلِيلُ أنَّه لا يَجْرِى مَجْرَى المالِ ، أنَّه يَصِحُّ من العَبْدِ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، مع مَنْعِه من التَّصَرُّفِ فى المالِ ، ولا يُمْلَكُ بالمِيرَاثِ ، ولأنَّه مُكَلَّفٌ طَلَّقَ امْرَأتَه مُخْتَارًا ، فوَقَعَ طَلَاقُه ، كالعَبْدِ والمُكَاتَبِ .

فصل : وإذا أقَرَّ بما يُوجِبُ القِصَاصَ ، فعَفَا المُقَرُّ له على مَالٍ ، احْتَمَلَ أن يَجِبَ المالُ ؛ لأنَّه عَفْوٌ عن قِصَاصٍ ثَابِتٍ ، فصَحَّ ، كالو ثَبَتَ بالبَيِّنَةِ . واحْتَمَلَ أن لا يَصِحَّ ؛ لئلَّا يُتَّخَذَ ذلك وَسِيلَةً إلى الإقْرَارِ بالمَالِ ، بأن يَتَوَاطَأَ المَحْجُورُ عليه والمُقَرُّ له على الإقْرَارِ بالقِصَاصِ ، والعَفْوِ عنه على[2] مَالٍ . ولأنَّه وُجُوبُ مَالٍ ، مُسْتَنَدُهُ إقْرَارُه ، فلم يَثْبُتْ ، كالإقْرَارِ به ابْتِدَاءً . فعلى / هذا القول يَسْقُطُ وُجُوبُ[3] القِصَاصِ ، ولا يَجِبُ المالُ فى الحالِ .

٩٠/٤ ظ

فصل : وإن خَالَعَ ، صَحَّ خُلْعُهُ ؛ لأنَّه إذا صَحَّ الطَّلَاقُ ، ولا يَحْصُلُ منه شىءٌ ، فالخُلْعُ الذى يَحْصُلُ به المالُ أَوْلَى ، إلَّا أنَّ العِوَضَ لا يُدْفَعُ إليه ، وإن دُفِعَ إليه ، لم يَصِحَّ قَبْضُه ، وإن أتْلَفَهُ ، لم يَضْمَنْهُ ، ولم تَبْرَأ المَرْأةُ بِدَفْعِه إليه ، وهو من ضَمَانِها إن أتْلَفَهُ أو تَلِفَ فى يَدِه ؛ لأنَّها سَلَّطَتْهُ على إتْلَافِه .

فصل : وإن أعْتَقَ ، لم يَصِحَّ عِتْقُهُ ، وهذا قولُ القَاسِمِ بن محمدٍ ، والشَّافِعِىِّ . وحَكَى أبو الخَطَّابِ ، عن أحمدَ ، رِوَايَةً أخرى : أنَّه يَصِحُّ ؛ لأنَّه عِتْقٌ من مُكَلَّفٍ مَالِكٍ تَامِّ المِلْكِ ، فصَحَّ ، كعِتْقِ الرَّاهِنِ والمُفْلِسِ . ولَنا ، أنَّه تَصَرُّفٌ فى مَالِه ، فلم يَصِحَّ ، كسَائِرِ تَصَرُّفَاتِه ، ولأنَّه تَبَرُّعٌ فأشْبَهَ هِبَتَهُ وَوَقْفَهُ ، ولأنَّه مَحْجُورٌ عليه لِحِفْظِ مَالِه عليه ، فلم يَصِحَّ عِتْقُه ، كالصَّبِىِّ والمَجْنُونِ . وفَارَقَ المُفْلِسَ والرَّاهِنَ ؛ فإنَّ الحَجْرَ عليهما لِحَقِّ غيرِهما .

---

(٢) فى الأصل ، ا : « إلى » .

(٣) سقط من : الأصل ، ا .

فصل : وإن تَزَوَّجَ ، صَحَّ النِّكَاحُ بإِذْنِ وَلِيِّه ، وبغيرِ إِذْنِه ، وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال أبو الخَطَّابِ : لا يَصِحُّ بغيرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ ، وهو قولُ الشَّافِعِيِّ ، وأبي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّه تَصَرُّفٌ يَجِبُ به مالٌ ، فلم يَصِحَّ بغيرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ ، كالشِّرَاءِ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ غيرُ مَالِيٍّ ، فصَحَّ منه ، كخُلْعِه وطَلَاقِه ، وإن لَزِمَ منه المالُ ، فحُصُولُه بِطَرِيقِ الضِّمْنِ ، فلا يَمْنَعُ من العَقْدِ ، كما لو لَزِمَ ذلك من الطَّلَاقِ .

فصل : ويَصِحُّ تَدْبِيرُه ، وَوَصِيَّتُه ؛ لأَنَّ ذلك مَحْضُ مَصْلَحَتِه ، لأَنَّه تَقَرَّبَ إلى اللهِ تَعَالَى بمَالِه بعدَ غِنَاهُ عنه . ويَصِحُّ اسْتِيلَادُه ، وتَعْتِقُ الأَمَةُ المُسْتَوْلَدَةُ بمَوْتِه ؛ لأَنَّه إذا صَحَّ ذلك من المَجْنُونِ ، فمن السَّفِيهِ أَوْلَى . وله المَطَالَبَةُ بالقِصَاصِ ؛ لأَنَّه مَوْضُوعٌ لِلتَّشَفِّي والانْتِقَامِ ، (4)وهو من أَهْلِه(4) . وله العَفْوُ على مَالٍ ؛ لأَنَّه تَحْصِيلٌ لِلْمَالِ ، لا تَضْيِيعٌ له . وإن عَفَا على غيرِ مَالٍ نَظَرْتَ ؛ فإن قُلْنا : الوَاجِبُ القِصَاصُ عَيْنًا . صَحَّ عَفْوُه ؛ لأَنَّه لم يَتَضَمَّنْ تَضْيِيعَ المالِ . وإن قُلْنا : أحدُ الشَّيْئَيْنِ . لم يَصِحَّ عَفْوُه عن المالِ ، وَوَجَبَ المالُ ، كما لو سَقَطَ القِصَاصُ بِعَفْوِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ . وإن أَحْرَمَ بالحَجِّ ، صَحَّ إِحْرَامُه ؛ لأَنَّه مُكَلَّفٌ أَحْرَمَ بالحَجِّ ، أَشْبَه غيرَه ، ولأَنَّ ذلك عِبَادَةٌ ، فصَحَّتْ منه ، كسَائِرِ عِبَادَاتِه . ثم إن كان أَحْرَمَ بِفَرْضٍ ، دُفِعَ إليه النَّفَقَةُ من مَالِه لِيُسْقِطَ الفَرْضَ عن نَفْسِه ، وإن كان تَطَوُّعًا فكانت نَفَقَتُه في السَّفَرِ كنَفَقَتِه في الحَضَرِ ، دُفِعَتْ إليه ، لأَنَّه لا ضَرَرَ في إِحْرَامِه . وإن كانت نَفَقَةُ السَّفَرِ أَكْثَرَ ، فقال : أنا أَكْتَسِبُ تَمَامَ نَفَقَتِي ، دُفِعَتْ إليه أيضًا ، / لأَنَّه لا يَضُرُّ بمَالِه . وإن لم يَكُنْ له كَسْبٌ ، فلِوَلِيِّه تَحْلِيلُه ؛ لما فيه من تَضْيِيعِ مَالِه ، ويَتَحَلَّلُ بالصِّيَامِ كالمُعْسِرِ ؛ لأَنَّه مَمْنُوعٌ من التَّصَرُّفِ في مَالِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ وَلِيُّهُ تَحْلِيلَه ، بنَاءً على العَبْدِ إذا أَحْرَمَ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِه . وإن حَنِثَ في يَمِينِه ، أو عَادَ في ظِهَارِه ، أو لَزِمَتْهُ كَفَّارَةٌ بالقَتْلِ أو الوَطْءِ في نَهَارِ رَمَضَانَ ، كَفَّرَ بالصِّيَامِ لذلك . وإن أَعْتَقَ أو أَطْعَمَ عن ذلك ، لم يُجْزِهِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ؛ لأَنَّه مَمْنُوعٌ من مَالِه ، أَشْبَهَ المُفْلِسَ .

٩١/٤ و

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

ويَتخَرَّجُ أن يُجزِئَهُ العِتْقُ ، بنَاءً على قولنا بِصِحَّتِه منه . وإن نَذَرَ عِبادَةً بَدَنِيَّةً ، لَزِمَهُ فِعْلُها ؛ لأنَّه غيرُ مَحْجُورٍ عليه فى بَدَنِه . وإن نَذَرَ صَدَقَةَ المالِ ، لم يَصِحَّ منه ، وكَفَّرَ بالصِّيَامِ . وإن فُكَّ الحَجْرُ عنه قبلَ تَكْفِيرِه فى هذهِ المَوَاضِعِ كلِّها ، لَزِمَهُ العِتْقُ ، إن قَدَرَ عليه . ومُقْتَضَى قولِ أصْحَابِنَا أنَّه يَلْزَمُه الوَفَاءُ بِنَذْرِه ، بنَاءً على قولِهم فى مَن أقَرَّ قبلَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ، ثم فُكَّ عنه ، فإنَّه يَلْزَمُه أدَاؤُه ، وإن فُكَّ بعدَ تَكْفِيرِه ، لم يَلْزَمْهُ شىءٌ ، كما لو كَفَّرَ عن يَمِينِه بالصِّيَامِ ثم فُكَّ الحَجْرُ عنه .

فصل : وإن أقَرَّ بِنَسَبِ وَلَدٍ ، قُبِلَ منه ؛ لأنَّه ليس بإقْرَارٍ بمالٍ ، ولا تَصَرُّفٍ فيه ، فَقُبِلَ ، كإقْرارِه بالحَدِّ والطَّلَاقِ . وإذا ثَبَتَ النَّسَبُ ، لَزِمَتْهُ أحْكَامُه ، من النَّفَقَةِ وغيرِها ؛ لأنَّ ذلك حَصَلَ ضِمْنًا لما صَحَّ منه ، فأشْبَهَ نَفَقَةَ الزَّوْجَةِ .

٨١٦ – مسألة ؛ قال : (وَإنْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ ، لَمْ يَلْزَمْهُ فِى حَالِ حَجْرِهِ)

وجُمْلَتُه أنَّ السَّفِيهَ إذا أقَرَّ بمَالٍ ، كالدَّيْنِ ، أو بما يُوجِبُه ، كجِنَايَةِ الخَطَإِ وشِبْهِ العَمْدِ ، وإتْلَافِ المالِ ، وغَصْبِه ، وسَرِقَتِه ، لم يُقْبَلْ إقْرَارُه به ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه لِحَظِّه ، فلم يَصِحَّ إقْرَارُه بالمالِ ، كالصَّبِىِّ والمَجْنُونِ . ولأنَّا لو قَبِلْنا إقْرَارَهُ فى مَالِه ، لَزَالَ مَعْنَى الحَجْرِ ؛ لأنَّه يَتَصَرَّفُ فى مَالِه ، ثم يُقِرُّ به ، فيَأْخُذُه المُقَرُّ له . ولأنَّه أقَرَّ بما هو مَمْنُوعٌ من التَّصَرُّفِ فيه ، (1فلم يَنْفُذْ1) كإقْرَارِ الرَّاهِنِ على الرَّهْنِ ، والمُفْلِسِ على المَالِ . ومُقْتَضَى قولِ الخِرَقِىِّ ، أنَّهُ يَلْزَمُه ما أقَرَّ به بعد فَكِّ الحَجْرِ عنه . وهو الظَّاهِرُ من قولِ أصْحَابِنَا ، وقولِ أبِى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه مُكَلَّفٌ أقَرَّ بما لا يَلْزَمُه فى الحالِ ، فلَزِمَهُ بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ، كالعَبْدِ يُقِرُّ بِدَيْنٍ ، والرَّاهِنِ يُقِرُّ[2] على الرَّهْنِ ، والمُفْلِس (3على المالِ3) . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ إقْرَارُه ، ولا يُؤْخَذَ به فى

(1 – 1) سقط من : م .

(2) سقط من : م .

(3 – 3) سقط من : الأصل ، ا .

٩١/٤ ظ الحُكْمِ بحالٍ ، وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه ، لِعَدَمِ رُشْدِه / ، فلم يَلْزَمْهُ حُكْمُ إقْرَارِه بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ، كالصَّبِىِّ والمَجْنُونِ . ولأنَّ المَنْعَ من نُفُوذِ إقْرَارِه فى الحال ، إنَّما ثَبَتَ لِحِفْظِ مَالِه عليه ، ودَفْعِ الضَّرَرِ عنه ، فلو نَفَذَ بعدَ فَكِّ الحَجْرِ ، لم يُفِدْ إلَّا تَأْخِيرَ الضَّرَرِ عليه إلى أكْمَلِ حَالَتَيْهِ . وفَارَقَ المَحْجُورَ عليه لِحَقِّ غيرِه ، فإنَّ المانِعَ تَعَلُّقُ حَقِّ الغيرِ بمَالِه ، فيَزُولُ المانِعُ بزَوَالِ الحَقِّ عن مَالِه ، فيَثْبُتُ مُقْتَضَى إقْرَارِه . وفى مَسْأَلَتِنَا انْتَفَى الحُكْمُ لِخَلَلٍ فى الإقْرَارِ ، فلم يَثْبُتْ كَوْنُه سَبَبًا ، وبِزَوَالِ الحَجْرِ لم يَكْمُلِ السَّبَبُ ، فلا يَثْبُتُ الحُكْمُ مع اخْتِلَافِ السَّبَبِ ، كما لم يَثْبُتْ قبلَ فَكِّ الحَجْرِ . ولأنَّ الحَجْرَ لِحَقِّ الغَيْرِ لم يَمْنَعْ تَصَرُّفَهم فى ذِمَمِهِم ، فأمْكَنَ تَصْحِيحُ إقْرَارِهِم فى ذِمَمِهِم على وَجْهٍ لا يَضُرُّ بِغَيْرِهِم ، بأن يَلْزَمَهم بعدَ زَوَالِ حَقِّ غيرِهِم[4] ، والحَجْرُ هٰهُنا لِحَظِّ نَفْسِه ، من أجْلِ ضَعْفِ عَقْلِه ، وسُوءِ تَصَرُّفِه ، ولا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ إلَّا بإبْطَالِ إقْرَارِه بالكُلِّيَّةِ ، كالصَّبِىِّ والمَجْنُونِ . فأمَّا صِحَّتُه فيما بينَه وبين اللهِ تعالى ، فإن عَلِمَ صِحَّةَ ما أقَرَّ به ، كَدَيْنٍ لَزِمَهُ من جِنَايَةٍ ، أو دَيْنٍ لَزِمَهُ قبلَ الحَجْرِ عليه ، فعليه أداؤُه ؛ لأنَّه عَلِمَ أنَّ عليه حَقًّا ، فلَزِمَهُ أدَاؤُه ، كما لو لم يُقِرَّ به . وإن عَلِمَ فَسَادَ إقْرَارِه ، مثل أن عَلِمَ أنَّه أقَرَّ بِدَيْنٍ ولا دَيْنَ عليه ، أو بِجِنَايَةٍ لم تُوجَدْ منه ، أو أقَرَّ بما لا يَلْزَمُه ، مثل إن أتْلَفَ مَالَ مَنْ دَفَعَهُ إليه بِقَرْضٍ أو بَيْعٍ ، لم يَلْزَمْهُ أدَاؤُه ؛ لأنَّه يَعْلَمُ أنَّه لا دَيْنَ عليه ، فلم يَلْزَمْهُ شىءٌ ، كما لو لم يُقِرَّ به .

فصل : إذا أذِنَ وَلِىُّ السَّفِيهِ له فى البَيْعِ والشِّرَاءِ ، فهل يَصِحُّ منه ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحَدِهما ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضَة ، فَمَلَكَهُ بالإذْنِ ، كالنِّكَاحِ . ولأنَّه عَاقِلٌ مَحْجُورٌ عليه ، فصَحَّ تَصَرُّفُه بالإذْنِ فيه كالصَّبِىِّ . يُحَقِّقُ هذا أنَّ الحَجْرَ على الصَّبِىِّ أعْلَى[5] من الحَجْرِ عليه ، ثُمَّ يَصِحُّ تَصَرُّفُه بالإذْنِ ، فهٰهُنا أوْلَى . ولأنَّا لو مَنَعْنَا

---

(٤) فى م : « غيره » .

(٥) فى الأصل : « أو على » .

تَصرُّفَه بالإذْنِ ، لم يكُنْ لنا طَرِيقٌ إلى مَعْرِفَةِ رُشْدِه واخْتِبَارِه . والثانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الحَجْرَ عليه لِتَبْذِيرِه وسُوءِ تَصرُّفِه ، فإذا أُذِنَ له ، فقد أُذِنَ فيما لا مَصْلَحَةَ فيه ، فلم يَصِحَّ ، كالو أُذِنَ فى بَيْعِ ما يُسَاوِى عَشَرةً بِخَمْسَةٍ . وللشَّافِعِىِّ وَجْهَانِ كهذَيْنِ . واللهُ أعْلَمُ .

فهرس

الجزء السادس

كتاب البيوع

باب الربا والصرف

باب بيع الأصول والثمار

كتاب السلم

باب القرض

كتاب الرهن

كتاب المفلس

كتاب الحجر

آخر الجزء السادس
ويليه الجزء السابع ، وأوله :
كتاب الصلح
والحمدُ لِلهِ حَقَّ حَمْدِهِ